



Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича
в современных условиях конвергенции
частного и публичного права

К 150-летию со дня рождения

Сборник материалов
Международной научно-практической конференции
Казань, 1–2 марта 2013 г.



УДК 347
ББК 67.404
Н 34

- Н 34 **Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения):** Сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1–2 марта 2013 г.) / под ред. Д.Х. Валеева, К. Рончки, З.Ф. Сафина, М.Ю. Чельшева. — М.: Статут, 2014. — 942 с.

ISBN 978-5-8354-1044-6 (в пер.)

Настоящее издание представляет собой сборник статей участников Международной научно-практической конференции «Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения)», организованной в г. Казани, 1–2 марта 2013 г. Казанским (Приволжским) федеральным университетом, Варшавским университетом и Общероссийской общественной организацией «Ассоциация юристов России».

Сборник предназначен для студентов, аспирантов, преподавателей высших учебных заведений (образовательных организаций), специалистов-практиков и всех, интересующихся современными правовыми проблемами в условиях конвергенции частного и публичного права.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 978-5-8354-1044-6

© Коллектив авторов, 2014
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2014

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

В первые дни марта 2013 г. на юридическом факультете Казанского (Приволжского) федерального университета звучало только одно имя — Габриэль Феликсович Шершеневич.

Габриэль Феликсович Шершеневич — выдающийся ученый, чьи труды «Курс торгового права» (1888—1889), «Наука гражданского права в России» (1893), «Учебник русского гражданского права» (1894), «Конкурсное право» (1898), «Учебник торгового права» (1899), «Курс гражданского права» (1901—1902), «История философии права» (1904—1905), «Общее учение о праве и государстве» (1908), «Общая теория права» (1910—1912) и др. стали доктринальной основой многих современных отраслей отечественного права.

Габриэль Феликсович родился 1 января 1863 г. в польской дворянской семье. Среднее образование получил в Казани, где его отец состоял на военной службе. В 1885 г. окончил юридический факультет Казанского университета. В 1888 г. защитил магистерскую («Система торговых действий»), а в 1891 г. — докторскую («Авторское право на литературные произведения») диссертации. В 1892 г. был назначен на должность профессора Казанского университета по кафедре торгового права и судопроизводства, позже — по кафедре гражданского права и судопроизводства. В 1905 г. был избран в Государственную Думу 1-го созыва. В 1906 г. был назначен на должность профессора кафедры торгового права юридического факультета Московского университета, одновременно являлся и профессором Московского коммерческого института.

Г.Ф. Шершеневич внес значительный вклад в законотворческую деятельность Российского государства, активно участвовал в подготовке и обсуждении проекта Гражданского уложения, занимался анализом и обобщением правоприменительной практики.

150-летие со дня рождения известного выпускника Казанского университета юридический факультет решил отметить проведением Международной научно-практической конференции «Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права». Организаторами конференции наряду с Казанским университетом выступили Варшавский университет и Ассоциация юристов России. Разносторонность и многогранность научных взглядов великого ученого предопределили многообразие направлений работы научного форума, а именно: гражданское право; международное частное право; предпринимательское право; семейное и трудовое право, гражданский и арбитражный процесс; теория права и государства.

После размещения и рассылки информационного письма о проведении конференции, посвященной наследию Г.Ф. Шершеневича, его научным воззрениям в современных условиях конвергенции частного и публичного права, в оргкомитет конференции стали поступать многочисленные заявки от желающих принять участие в работе научного форума. Не обошлось и без некоторых курьезных, по сути, моментов. В частности, в одной из заявок на участие содержалось обращение к профессору Г.Ф. Шершеневичу: *«Габриэль Феликсович, добрый день. Высылаю заявку для участия в конференции. Жду подтверждения»*.

Предлагаемое вниманию читателей издание представляет собой сборник статей, подготовленных участниками конференции на основе докладов, а также статей других авторов, специально присланных для публикации в сборнике. Данное издание стало вторым сборником публикаций, связанных с именем и научным наследием профессора Г.Ф. Шершеневича.

Первый сборник статей, посвященный памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича¹, увидел свет еще в 1915 г. В него вошли статьи таких видных ученых-цивилистов, как М.М. Агарков, С.А. Беляцкий, Е.В. Васьковский, Д.М. Генкин, Д.Д. Гримм, А.В. Завадский, А.И. Каминка, М.Я. Пергамент, И.А. Покровский, А.А. Симолин, В.И. Синайский, Т.М. Яблочков и др. Этот сборник, «сотканный из дружеских подношений» «венком на могилу Шершеневича»², «стал выдающимся явлением отечественной цивилистики, впервые собрав под своей обложкой труды блестящей плеяды ученых и ярко продемонстрировав ее чрезвычайно высокий уровень»³.

С именем и научными изысканиями профессора Г.Ф. Шершеневича связано большинство статей в предлагаемом читателю сборнике статей. Сборник состоит из шести разделов. Первый раздел «Творческое наследие Г.Ф. Шершеневича и казанская правовая школа» объединяет статьи, посвященные периоду жизни, учебы, творчества Габриэля Феликсовича Шершеневича в Казани; теоретико-правовому наследию профессора Г.Ф. Шершеневича; истории кафедры гражданского и предпринимательского права Казанского (Приволжского) федерального университета (начиная с кафедры права гражданского, уголовного и судопроизводства Императорского Казанского университета); а также значению практики в юридическом образовании.

Последующие разделы сборника охватывают разноотраслевые сферы российского права, в становлении и формировании которых есть заслуга профессора Г.Ф. Шершеневича: «Современные цивилистические исследования и идеи Г.Ф. Шершеневича» (раздел 2; 12 подразделов: Общие вопросы теории гражданского права; Источники гражданского права; Субъекты гражданского права; Объекты гражданских прав; Вещное право; Сделки; Обязательственное право; Защита гражданских прав и гражданско-правовая ответственность; Кредитно-расчет-

¹ Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича: сб. ст. по гражданскому и торговому праву. М., 1915 (переиздан в издательстве «Статут» в 2005 г., см.: Сборник статей по гражданскому и торговому праву: памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., 2005).

² Винавер М. Венок на могилу Шершеневича // Вестник гражданского права. Год III. 1915. Март. № 3. С. 5.

³ Суханов Е.А. Созвездие цивилистов // Сборник статей по гражданскому и торговому праву: Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. С. 7.

ные отношения; Право интеллектуальной собственности; Наследственное право; Международное частное право); «Современное российское предпринимательское право и научные воззрения Г.Ф. Шершеневича» (раздел 3; 6 подразделов: Общие вопросы теории предпринимательского права; Субъекты предпринимательского права; Несостоятельность (банкротство); Торговое право; Конкурентное право; Правовое регулирование отдельных видов предпринимательской деятельности); «Влияние идей Г.Ф. Шершеневича на семейное, трудовое право и право социального обеспечения» (раздел 4; 2 подраздела: Семейное право; Трудовое право и право социального обеспечения); «Отражение взглядов Г.Ф. Шершеневича в современной науке гражданского процессуального и арбитражного процессуального права» (раздел 5); «Влияние учения Г.Ф. Шершеневича на современные научные исследования в области истории, теории, философии права и правовой политики» (раздел 6; 3 подраздела: История права; Теория и философия права; Правовая политика).

П.В. Крашенинников,

д.ю.н., профессор,
председатель Комитета Государственной Думы по гражданскому,
уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству,
председатель Ассоциации юристов России

ПРЕДИСЛОВИЕ

В Казанском (Приволжском) федеральном университете 1–2 марта 2013 г. состоялась Международная научно-практическая конференция, приуроченная к 150-летию со дня рождения известнейшего выпускника Казанского университета, профессора, выдающегося ученого — Габриэля Феликсовича Шершеневича. Организаторами конференции выступили юридический факультет Казанского университета, факультет права и администрации Варшавского университета и Общероссийская общественная организация «Ассоциация юристов России».

Научный форум собрал более 250 участников. В рамках мероприятия обсуждались актуальные вопросы вещного, корпоративного, наследственного, международного частного, предпринимательского, торгового, семейного права. Особый акцент был сделан на реформировании отечественного гражданского законодательства в свете продолжающейся работы по совершенствованию Гражданского кодекса Российской Федерации¹. Главным предметом обсуждения стали научные идеи профессора Г.Ф. Шершеневича и их влияние на современную отечественную правовую науку.

Встретил многочисленных собравшихся актовый (Императорский) зал Казанского университета, где с приветственным словом к ним обратились: проректор по научной деятельности Казанского (Приволжского) федерального университета Д.К. Нургалиев, министр юстиции Республики Татарстан М.М. Курманов, декан юридического факультета КФУ И.А. Тарханов, декан факультета права и администрации Варшавского университета Кшиштоф Рончка, заместитель председателя Верховного суда Республики Татарстан по гражданским делам М.М. Хайруллин, и.о. Председателя Федерального арбитражного суда Поволжского округа Р.Г. Абдулвагапов, Председатель Арбитражного суда Республики Татарстан Н.А. Новиков, Председатель Арбитражного суда Республики Марий Эл А.Ф. Бакулин и др. Почетным гостем конференции стал родственник Габриэля Феликсовича магистр политических наук Кшиштоф Шершеневич.

В рамках расширенного пленарного заседания прозвучало более 20 докладов. Каждый из выступающих говорил о профессоре Г.Ф. Шершеневиче как о выдающемся ученом, внесшем весомый вклад в развитие многих отраслей россий-

¹ Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. I). Ст. 3482; Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // URL: www.privlaw.ru; Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (принят Государственной Думой в первом чтении 27 апреля 2012 г.) // URL: www.pravo.ru.

ского права. Труды профессора Г.Ф. Шершеневича по праву стали доктринальной основой многих отраслей современного российского права. Как справедливо заметил Государственный советник РФ 2-го класса, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Университета управления «ТИСБИ» **З.М. Фаткудинов**, Габриэль Феликсович Шершеневич в праве столь же велик и значим, как Фредерик Шопен – в мировой музыке.

Пленарное заседание конференции начал заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права Казанского федерального университета, доктор юридических наук, профессор **М.Ю. Челышев**, рассказав собравшимся о годах жизни, учебы, творчества Габриэля Феликсовича Шершеневича в Казани. Он сказал, что профессор Казанского университета Габриэль Феликсович Шершеневич был одной из самых значимых фигур юридического просвещения и науки конца XIX – начала XX в., воззрения которого внесли неоценимый вклад в развитие российской правовой науки. При этом жизнь и творчество этого великого ученого-цивилиста дореволюционного периода тесно связаны с Казанью и Казанским императорским университетом, где произошло его научное становление и творческая самореализация.

В своем выступлении М.Ю. Челышев заметил, что Г.Ф. Шершеневич жил, учился и работал в Казани в довольно интересный исторический период, когда Казань была поистине столицей Поволжья и Приуралья, центром науки и культуры, промышленности и торговли всего обширного края, «восточной столицей» России.

Учеба и работа в Казанском университете оказали огромное влияние на раскрытие потенциальных педагогических способностей Г.Ф. Шершеневича и на процесс становления его научных взглядов. Габриэль Феликсович принадлежал к числу наиболее деятельных и авторитетных университетских профессоров; его выступления и лекции отличались как полнотой информации, так и взвешенностью позиции. При этом сфера научных интересов Г.Ф. Шершеневича обширна, он заслуженно является признанным авторитетом в области теории, истории и философии права, известным специалистом в области гражданского и торгового права. Научно-педагогическое наследие Габриэля Феликсовича составляет «свыше ста семидесяти публикаций, в том числе монографий, лекционных курсов, учебных пособий, проблемных научных статей и ярких публицистических очерков и заметок»¹. Большинство научных трудов написаны великим ученым именно в казанский период его творчества².

Г.Ф. Шершеневич оставил заметный след и в истории Государственной Думы: с началом конституционных преобразований он оказался вовлеченным в активную политическую жизнь, вошел в образованную партию народной свободы, участвовал в работе ее съездов, в качестве представителя казанского отделения партии кадетов баллотировался в Государственную Думу 1-го созыва и практически единогласно был избран ее членом.

¹ Шигабутдинов Р.Р. Политико-правовые воззрения, общественная и научно-педагогическая деятельность Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.и.н. Казань, 2009. С. 3.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права. Казань, 1888; Он же. Курс торгового права. Казань, 1888, 2-е изд. 1892, 3-е изд. 1899; Он же. Конкурсное право, Казань, 1890, 2-е изд. 1898; Он же. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891; Он же. Наука гражданского права в России. Казань, 1893; Он же. Учебник русского гражданского права. Казань, 1894; Он же. История философии права. Казань, 1904 и др.

Свое выступление М.Ю. Чельшев завершил словами о том, что воззрения Г.Ф. Шершеневича не теряют актуальности и после его смерти. Жизнь и творчество ученого стали объектом пристального внимания и для современных исследователей, что свидетельствует о значительном вкладе профессора Г.Ф. Шершеневича в развитие отечественной правовой науки.

Выступления продолжил **В.В. Витрянский**, доктор юридических наук, профессор, заместитель Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ докладом на тему «Пути совершенствования законодательства о банкротстве». Он поведал о том, что отечественное законодательство о банкротстве, возрожденное в 1992 г., длительный период, вплоть до конца 2012 г. страдало от перманентных изменений, когда судебная практика зачастую не поспевала за его изменениями. Перелом наметился осенью 2012 г., когда Государственная Дума приняла решение о необходимости подготовки концепции развития законодательства о банкротстве и, по сути, ввела мораторий на внесение изменений в действующее законодательство о банкротстве.

Как сказал В.В. Витрянский, на сегодняшний день Концепция развития законодательства о банкротстве готова, и изложил основные ее положения.

Во-первых, Закон о банкротстве должен иметь приоритет в части регулирования отношений банкротства. Комментируя это, В.В. Витрянский привел пример с внесением в 2011 г. изменений в ст. 161 Налогового кодекса РФ, в соответствии с которыми при банкротстве должника покупатель становится налоговым агентом и должен уплачивать НДС в бюджет. Пленум же Высшего Арбитражного Суда РФ в своем Постановлении¹ указал, что приоритет имеют положения п. 2 ст. 134 Закона о банкротстве: данное требование относится к четвертой очереди и покупатель не может быть налоговым агентом.

Во-вторых, нужно обеспечить дифференцированное регулирование по отдельным категориям должников (признание должника банкротом). Он заметил, что еще Г.Ф. Шершеневич писал о том, что если требования уже были предъявлены, а должник не мог эти предъявленные требования удовлетворить, зачем другим кредиторам еще предъявлять свои требования к этому должнику?

В-третьих, должны работать и быть эффективными реабилитационные финансовые процедуры. Должник должен быть заинтересован в восстановлении своей платежеспособности и должен иметь возможность самому идти в суд и просить о введении в отношении него процедуры финансового оздоровления.

В-четвертых, необходимо упорядочить процедуры банкротства. В частности, наблюдение сейчас — процедура обязательная, но в некоторых случаях она вообще не нужна.

В-пятых, в совершенствовании нуждается саморегулирование арбитражного управления. Сегодня саморегулируемые организации ангажируют арбитражных управляющих, которые, по сути, зависят от кредиторов. В.В. Витрянский заметил, что нужна система независимых антикризисных управляющих, которые могли бы регистрироваться, к примеру, при арбитражных судах. При этом можно сократить расходы на таких управляющих путем исключения страхования ответственности и компенсационного фонда.

¹ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 25 января 2013 г. № 11 «Об уплате налога на добавленную стоимость при реализации имущества должника, признанного банкротом» // СПС «Гарант».

В-шестых, надо определить судьбу иных имущественных — неденежных — требований.

Наконец, нужно повысить роль суда, рассматривающего дела о банкротстве.

С меткого замечания о том, что ученый остается в своих трудах навеки, начала свое выступление доктор юридических наук, профессор, заведующая Сектором гражданского права, гражданского и арбитражного процесса Института государства и права Российской академии наук **Т.Е. Абова**. Говорила она о договоре железнодорожной перевозки, заметив, что в свое время профессор **Г.Ф. Шершеневич** писал о том, что по договору перевозки железнодорожный перевозчик обязуется доставить принятый от отправителя груз, а профессор **К.К. Яичков** — доставить вверенный отправителю груз за плату в пункт назначения и вручить уполномоченному на его получение лицу. Именно путем вручения груза и заключается договор перевозки. При этом совершение договора перевозки не зависит от воли железной дороги, если груз принесен, то железная дорога обязана его принять к перевозке. Отсюда — публичные начала. Оформляется договор перевозки путем составления накладной. Если раньше выдавался дубликат накладной, которая была оборотной бумагой типа коносамента, то сейчас такого нет. По мнению, **Т.Е. Абовой**, железнодорожная перевозка грузов должна оформляться оборотной бумагой, однако накладная эту роль выполнять не может.

Она также заметила, что Россия стала участницей Бернской конвенции, которая могла бы помочь в решении многих проблем. Но... взносы слишком дорогие.

Появились в России частные железные дороги (в Коми, Сибири), так называемые дороги необщего пользования, которые «изобрели» собственные правила для перевозки чужих грузов. Но везде должен работать Устав железнодорожного транспорта.

Проблеме универсального и сингулярного правопреемства в современном польском наследственном праве посвятил свое выступление **Я.В. Турлуковски**, кандидат наук, доцент кафедры коммерческого права Института гражданского права Варшавского университета (Польша), заметив, что единого понятия «универсального правопреемства» нет, и не было никогда. Однако однозначного ответа на вопрос о том, является ли завещательный отказ сингулярным правопреемством, также, по его мнению, нет. При этом он заметил, что когда-то польское законодательство было разным на территории страны, кроме того, где то действовало и российское царское право. Конструкция завещательного отказа тогда не применялась; все получатели имущества по наследству признавались наследниками.

О том, что надо различать обязательственный отказ и виндикационный отказ, говорил еще профессор **Г.Ф. Шершеневич**. В отличие от обязательственного отказа виндикационный отказ в наследственную массу не входит. И если обычные отказополучатели по долгам не отвечают, то виндикационные — отвечают. И в этом случае речь должна идти о сингулярном правопреемстве.

Далее слово предоставили доктору юридических наук, профессору кафедры гражданского права Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова **А.Е. Шерстобитову**, который осветил некоторые проблемы совершенствования правового регулирования кредитно-расчетных отношений и модернизации Гражданского кодекса РФ. Он сказал, что основная идея изменений — усиление частноправовых начал, либерализация правового регулирования кредитно-рас-

четных отношений, внесение диспозитивных начал в регулирование деятельности их участников. В частности, для договора займа Проект изменений в ГК РФ предусматривает консенсуальную модель, которая будет распространяться только на юридические лица. А.Е. Шерстобитов же полагает, что можно разрешить такую модель и для индивидуальных предпринимателей.

Положительно отозвался он и об изменениях в части предметной определенности договора факторинга, заметив, что модель договора зависит от действий фактора. Возможны варианты, когда факторинг вообще не имеет ничего общего с займом и кредитом; в частности, когда в договоре речь идет только об оказании финансовых услуг.

В то же время в сфере кредитных отношений, по мнению А.Е. Шерстобитова, ожидается и некоторое усиление публично-правовых начал с целью достижения баланса интересов участников гражданского оборота при наличии дисбаланса в их экономическом положении (в частности, это касается возможности одностороннего отказа от заемных отношений).

Говорил он в своем выступлении и о «ожидаемой» специальной норме о потребительском кредите (с отсылкой к Закону о потребительском кредите и Закону о защите прав потребителей).

Свое отношение к некоторым ожидаемым в свете совершенствования ГК РФ изменениям выразил доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Уральской государственной юридической академии, руководитель Уральского отделения Российской школы частного права **Б.М. Гонгало**. В целом положительно расценивая предложения разработчиков Проекта изменений в ГК РФ, некоторые из них он назвал смешными. И привел в качестве примера предлагаемую редакцию ст. 179 ГК РФ, где сказано, что правила о кабальных сделках (в части признания их недействительными) применяются к сделкам, совершенным... вследствие неопытности в делах или легкомыслия... Кроме того, Б.М. Гонгало посетовал на то, что разработчиками документов по совершенствованию гражданского законодательства не воспринята нотариальная форма сделок с недвижимостью: она возможна, по мнению разработчиков Проекта изменений в ГК РФ, только если повысить квалификацию нотариусов, их ответственность и снизить тарифы.

Завершил свое выступление Б.М. Гонгало, сославшись на Г.Ф. Шершеневича¹, словами о том, что критическое направление хорошо в наших рассуждениях, но когда дело доходит до суда, суд должен применять закон.

Вторая часть Пленарного заседания началась с выступления **Р.Т. Мифтахутдинова**, кандидата юридических наук, судьи Высшего Арбитражного Суда РФ, который говорил о влиянии правовых воззрений Г.Ф. Шершеневича на развитие института банкротства в современной России и о предстоящей реформе законодательства о банкротстве. В частности, говорил он о законе о банкротстве граждан, который, по его мнению, должен быть направлен на достижение цели банкротства. Во-первых, необходимо закрепление в законе основных признаков несостоятельности (банкротства): когда имущества должника не хватает, оно должно быть распреде-

¹ «Критическое отношение к действующему праву, необходимое для законодателя, должно быть совершенно чуждо суду, который не призван изменять право, а только применять его» (*Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права* (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 19).

лено одинаково между всеми другими кредиторами. Во-вторых, нужно закрепить норму о добросовестности должника, его сотрудничестве с судом и кредиторами. В то же время в предлагаемой редакции закон о банкротстве граждан не решает вопросы банкротства наследственной массы, остаются вопросы и о соотношения этого закона с нормами семейного права. Кроме того, он считает недопустимым для кредитора использовать банкротство как стимул для исполнения перед ним должником своих обязательств.

Актуален, по мнению Р.Т. Мифтахутдинова, и вопрос о вознаграждении арбитражному управляющему. С позиции докладчика необходимо убрать ежемесячное вознаграждение и поставить вознаграждение в зависимость от процента удовлетворяемых требований.

Н.С. Кузнецова, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Киевского национального университета, поделилась опытом Украины в вопросах регулирования имущественных отношений в предпринимательской сфере, в частности, на примере Хозяйственного кодекса Украины. В период, когда в стране только начинали складываться рыночные отношения, важен был сам факт принятия Хозяйственного кодекса. Однако Хозяйственный кодекс Украины — это всего 418 статей, которые призваны регулировать всю хозяйственную деятельность. Многие статьи при этом являются отсылочными, более $\frac{2}{3}$ статей Кодекса носят бланкетный характер. Назрела необходимость модернизации хозяйственного законодательства Украины.

Также в своем выступлении Н.С. Кузнецова заметила, что, несмотря на то, что хозяйственное и гражданское законодательство имеют предметом регулирования одни и те же отношения, правовое регулирование в них во многом не согласовано. Она считает нужным согласиться с Г.Ф. Шершеневичем в том, что желательно установить единство частного права, поскольку раздвоение отражается вредно и на том, и на другом праве. Дуализма частного права быть не должно.

Представитель Германии, доктор юридических наук, профессор Университета Эссена, Университета Дортмунда (Германия) **Аден Менно** говорил в своем выступлении о применении иностранного права национальными судами. Если бы государства имели один, общий для всех, правопорядок (а не различные, как сейчас), то не было бы международных частноправовых проблем. Вопросов много: как делить имущество между супругами, с кем будут проживать дети, может ли жена получить наследство на территории другой страны? Следовательно, нужно думать о применении национального права судами. В России действуют практически во многом те же правила, что содержатся и в Германском гражданском уложении. Он заметил, что сегодня в Германии около 1 млн человек имеют российское гражданство. При этом если россиянин проживает в Германии и у него есть ребенок, то все вопросы разрешаются по российскому законодательству. Судья должен установить содержание иностранного права. Стороны могут сами выбрать применимое к их отношениям право по своему собственному усмотрению. По сути, можно выбрать и какое-то другое, третье право. Вывод — в международном частном праве, в регулировании личного статуса.

Свое отношение к предстоящим изменениям в ГК РФ высказал и представитель Казахстана — доктор юридических наук, профессор, управляющий директор ТОО «SB Capital» (г. Алматы) **Ф.С. Карагусов**. О том, что Проект изменений в ГК РФ

предполагает деление юридических лиц на унитарные и корпорации, где квалифицирующим критерием выступает различие в организационных структурах, он говорит через соответствующую оценку научного наследия профессора Г.Ф. Шершеневича. В частности, заслуживает внимания предложенная Г.Ф. Шершеневичем классификация юридических лиц на соединения лиц и учреждения.

Критически отозвался Ф.С. Карагусов и о разработанном в Республике Казахстан Хозяйственном (предпринимательском) кодексе, который предлагает введение в корпоративное законодательство новых, ранее не известных законодательству Казахстана, конструкций. Однако в документе много отсылочных норм. В то же время Конституция Республики Казахстан отсылочных норм не допускает, соответственно и Хозяйственный (предпринимательский) кодекс республики должен содержать прямые нормы.

Л.Ю. Василевская, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского и семейного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), говорила в своем выступлении о состоянии и перспективах развития гражданского законодательства о вещных правах. Основной акцент при этом делался ею на следующих моментах.

Во-первых, традиционно считается, что содержание вещных прав определяется законом; содержание обязательственных прав основано на договоре. По Проекту же изменений в ГК РФ все вещные права основываются на соответствующем договоре об установлении вещного права.

Во-вторых, Проект предлагает введение немецких терминов в отечественное гражданское законодательство, в частности, о вещном праве. Однако простые механистические переносы норм из одной правовой системы в другую обычно неудачны.

В-третьих, в России нет конструкции вещного договора, есть разница между вещными и обязательственными правопритязаниями. Если вещное право рождается из договора, а договор регистрироваться не будет, то нужно регистрировать существенные условия договора. Это неизбежно породит конкуренцию исков, а обязательственному договору будет придаваться вещное значение.

В-четвертых, если владение — факт, а не право, то почему идентичны положения ст. 209 и ст. 221 Проекта изменений в ГК РФ? Важно то, что владение приобретается и утрачивается, оно передается по наследству, в то время как факты — нет. Владение — обеспеченное объективным правом фактическое господство над вещью, о чем говорил еще Г.Ф. Шершеневич.

Свою позицию относительно статуса гражданина как лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, высказал **В.К. Андреев**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Российской академии правосудия. В частности, задался вопросом, является ли предпринимательской деятельностью участие в хозяйственном обществе? Или оно является таковой только тогда, когда гражданин участвует в деятельности органа юридического лица? По мнению В.К. Андреева, законодательное определение, понимание того, кто такой гражданин, занимающийся предпринимательской деятельностью, несовершенно.

Гражданин, который занимается предпринимательской деятельностью, обладает общей правоспособностью, а с момента регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя у него возникает специальная правоспособность. Если проанализировать и сравнить ст. 24 (имущественная ответственность

гражданина) и ст. 25 ГК РФ (несостоятельность (банкротство) индивидуального предпринимателя), то возможен вывод, что банкротства гражданина быть не может, может иметь место только несостоятельность индивидуального предпринимателя.

А.М. Лушников, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова проанализировал в своем докладе сквозь призму учения Г.Ф. Шершеневича генезис науки трудового права в России. Он заметил, что Г.Ф. Шершеневича (в том числе как политика) интересовало не только гражданское, но и трудовое право. В частности, писал он о характерном для фабричного законодательства договоре личного найма. По сути, это смешанный договор, в том числе цивилистический. Что же касается свободы коллективных договоров, страхования ответственности, права на охрану труда, то Г.Ф. Шершеневич отмечал, что это не гражданское право, а нечто иное. А.М. Лушников полагает, что право это трудовое.

О гражданско-правовых аспектах международного похищения детей говорил доктор права, профессор кафедры гражданского права Института гражданского права факультета права и администрации Варшавского университета (Польша) **Я. Верчиньски**.

Он заметил, что вопросы международного усыновления в России актуальны сейчас как никогда. С этой точки зрения представляется необходимым создание определенных рамок действия Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей. На сегодня Конвенцию подписали 90 государств; Польша участвует в ней с 1995 г., Россия — с 2011 г.

Конвенция не отвечает на вопрос, какое право нужно применять, но концентрирует внимание на аспекте возвращения ребенка в страну, откуда он похищен. Кто похитил — нарушил право опеки. Один из родителей, которому местное право не дает возможности воспитывать ребенка, не может воспользоваться правом, предоставляемым Конвенцией.

Однако высказал он и некоторые возражения Конвенции: во-первых, процедура начинается больше чем через год с момента вывоза ребенка; во-вторых, кто-то может доказать, что лицо не использовало свое право опеки, согласилось на перемещение и содержание ребенка; в-третьих, возвращение ребенка может причинить ему физический или психический вред; в-четвертых, как быть, если ребенок возражает против возвращения и достиг возраста, при котором его мнение должно учитываться; в-пятых, такое возвращение противоправно в свете принципов государства.

Я. Верчиньски также обратил внимание на то, что русский перевод данной Конвенции не совсем точный. В частности, в случае, когда речь идет о согласии и согласии, выраженном позже. Это два разных основания возвращения ребенка: согласился сразу или согласился позже. Основная разница между этими понятиями касается времени волеизъявления согласия на вывоз. Согласие, выраженное позже, должно быть выражено в определенной форме, в то время как обычное согласие определенной формы не требует. Позже согласие может быть выражено прямо или в виде презумпции, может быть в виде действия или в пассивной форме. На практике проблема возникает в том, что не исключена ситуация, когда лицо внутренне не соглашается с вывозом ребенка, но внешнее его поведение создает

видимость такого согласия. Если говорить о пассивном согласии, то это мнимость поведения, значит, оно недопустимо.

О взглядах Г.Ф. Шершеневича на природу исключительных прав в соотношении с частью четвертой ГК РФ речь шла в докладе начальника Отдела законодательства об интеллектуальных правах Исследовательского центра частного права при Президенте РФ, кандидата юридических наук **Е.А. Павловой**.

Именно Г.Ф. Шершеневич настаивал в свое время на том, что нужно использовать термин «исключительные права», под которыми он понимал разновидность абсолютных прав, не относящихся к праву собственности.

Е.А. Павлова заметила, что некоторое время назад термин «интеллектуальная собственность» трактовался как вид права собственности, что само по себе неверно. ГК РФ в части четвертой дает понять, что исключительные права — это самостоятельная область регулирования, и к разновидности вещных прав интеллектуальные права не относятся.

Вопрос о том, владение — это факт или право, стал ключевым в выступлении доктора юридических наук, профессора, заведующего кафедрой гражданского права Кубанского государственного аграрного университета **В.П. Камышанского**. Как в свое время профессор Г.Ф. Шершеневич, он обратил внимание собравшихся на то, что владение — это не факт; владение переходит — значит, это право. По его мнению, новая редакция ст. 209 ГК РФ, по сути, закрепляет ограничения права собственности. Однако отсутствие четкого перечня возможных ограничений позволяет устанавливать их безосновательно.

Рассуждая о формировании российского авторского права, **В.А. Хохлов**, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Самарского государственного экономического университета, заметил, что исследования Г.Ф. Шершеневича привели к необходимости признать авторские права самостоятельным явлением, в котором имеются различные составляющие, включая имущественную («право на распространение»)¹. Конкретные результаты работ Г.Ф. Шершеневича сформировали современное понимание многих аспектов авторского права. Авторское право стало рассматриваться как особое явление, но при этом положения авторского права не вышли за пределы «орбиты цивилистики», оказались включенными в ее систематику и составляют часть ее нормативно-правового массива.

В третьей части Пленарного заседания доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права Казанского федерального университета **А.И. Абдуллин** говорил о проблемах формирования и развития доктрины международного частного права, обращая внимание на то, что именно с Казанским университетом связано становление науки международного частного права в России. Так, поначалу в работах Д.И. Мейера, опубликованных уже после его смерти, появилось понятие «конфликтное право», «коллизийные нормы». Как отмечал профессор Д.И. Мейер, «в каждой местности должны действовать те законы, которые для нее изданы... Но люди беспрестанно переходят из одной местности в другую; встречается много юридических отношений, которые возникают

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения: репринтное издание ООО «Спарк». Казань, 1891. С. 70 и далее.

в одной местности, тогда как последствия их происходят в другой; есть много таких юридических отношений, которые начинаются в одной местности, продолжают в другой и оканчиваются в третьей»¹. Чуть позже его ученик — профессор Н.П. Иванов в своей диссертации² предложил самостоятельную теорию коллизионного права и впервые ввел в оборот термин «международное частное право».

Доктор юридических наук, профессор кафедры предпринимательского права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Л.В. Андреева** говорила о значении идей профессора Г.Ф. Шершеневича для современного торгового права. Именно Г.Ф. Шершеневич стал создателем в том числе отрасли торгового права (как части гражданского права), которое стремится обособиться.

Можно наблюдать преемственность относительно подходов к определению предпринимательской и торговой деятельности. В частности, Г.Ф. Шершеневич определял промысел как постоянный вид деятельности, направленный на получение дохода, т.е., по сути, рассматривал как предпринимательскую деятельность. Кроме того, он отмечал, что в торговом праве (как и в предпринимательском) всегда присутствует публичный элемент.

И.А. Емелькина, доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Мордовского государственного национально-исследовательского университета им. Н.П. Огарева, говоря о достоинствах Проекта изменений в ГК РФ о вещных правах, о концептуальном подходе в попытке закрепить институт вещного права, в то же время отметила и недостатки законопроекта. Во-первых, это недостатки технико-юридические. Во-вторых, появление в Проекте положений, которых нет в Концепции развития гражданского законодательства РФ, и это так называемые уступки бизнес-сообществу. В-третьих, наличие неких квазиинститутов, к примеру, права застройки как срочного права собственности. К тому же И.А. Емелькина задалась вопросом: нужно ли вводить ограниченные вещные права или можно обойтись ограничениями права собственности (что в до-революционной цивилистике признавалось синонимами)? Профессор Г.Ф. Шершеневич эти понятия разграничивал, расценивая ограничения права собственности как стеснения собственника.

Продолжил рассуждения о праве собственности доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского права Киевского национального университета **Р.А. Майданик**. Он отметил, что в Украине такая система вещных прав, какая предложена в Проекте изменений в ГК РФ, уже введена. С 1 января 2013 г. согласно новой редакции Закона Украины «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» осуществляется государственная регистрация вещных прав и обременений. Однако остаются вопросы по поводу сложной недвижимой вещи, в частности возникает с момента регистрации право собственности на саму сложную недвижимую вещь или же возникает право на долю?

О научных воззрениях профессора Г.Ф. Шершеневича на торговое право с проекцией на современность говорил **Н.А. Баринов**, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной юридической

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. (по испр. и доп. 8-му изд., 1902). 3-е изд., испр. М., 2003. С. 78.

² Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865.

академии. Ссылаясь на Г.Ф. Шершеневича, он говорил о том, что торговля связана с осуществлением посредничества между потребителем и производителем, а термин «потребитель» характерен для капиталистического государства. При этом возникают отношения, которые должны быть урегулированы нормами частного и публичного права.

Н.А. Баринов заметил, что научные воззрения Г.Ф. Шершеневича являются исходным началом, базой современных исследований о соотношении частного и публичного в праве. Он также отметил, что в условиях проведения правовой реформы, модернизации гражданского законодательства российская цивилистическая наука обогатилась новой теорией — теорией конвергенции частного и публичного права, автором которой является Н.М. Коршунов¹.

Л.А. Чеговадзе, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, говоря в своем выступлении о частных и публичных началах современного гражданско-правового регулирования, отметила, что с позиции Г.Ф. Шершеневича различия между частным и публичным правом инстинктивны. Публичное и частное право различают по характеру интересов. Право обеспечивает интересы отдельных лиц и общества в целом. Система права неоднородна, включает частные и публичные начала.

Однако, как заметила Л.А. Чеговадзе, право — это не только то, что выражено нормативно. Нормы права содержит закон, в то время как право — это форма реализации норм. Чтобы норма стала действующим правом, нужен адресат. Право становится частным в индивидуально-правовых отношениях (договоры и т.д.). В то же время частное право — совокупность субъективных прав, а не совокупность норм. С точки зрения Л.А. Чеговадзе, право, не получившее выражение в виде нормы, реализовано быть не может. При этом публичные начала гражданско-правового регулирования связаны с законом, а частные — с правореализационной деятельностью субъектов.

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Уральской государственной юридической академии **А.В. Майфат** посвятил свой доклад принципу добросовестности и связанным с его закреплением в российском гражданском законодательстве изменениям. Он заметил, что добросовестность не должна применяться самостоятельно (например, если нет нормы). По его мнению, добросовестность должна быть оценкой поведения. При этом он заметил, что еще К. Победоносцев критически относился к таким оценочным понятиям. Норма должна быть формально определенной, а значит, должен быть субъективный момент. Что касается добросовестности, то понятие это неоднозначное. Выход — в разъяснении высших судов.

Л.В. Санникова, доктор юридических наук, профессор, ведущий научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук уделила внимание вопросам развития науки гражданского права в постсоветский период. В частности, ею отмечено бурное развитие законодательства, в условиях которого наука стала, по сути, комментатором законодательства. Научные исследования стали

¹ См.: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011.

носить компиляционный характер. С сожалением она отметила, что мало кто исследует историю, неизбежно повторяются ошибки уже прежних исследований. В то же время примечательно, что многие конструкции сохранились с римского права, древнерусского права. Л.В. Санникова подчеркнула, что необходимо исследовать закономерности, их проявление на практике, ибо еще Г.Ф. Шершеневич говорил о том, что наука далека от практики.

Доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры гражданского права Санкт-Петербургского университета МВД России **А.Н. Кузбагаров** говорил в своем выступлении о публичном и частном в наследственных правоотношениях, о том, что права лиц необходимо защищать в том числе и публичными нормами. Публично-правовую природу наследственного права отражают такие институты, как: общие положения наследственного права, круг наследников и личное представительство, охрана наследства. Обеспечить же защиту прав и интересов в наследственных правоотношениях нужно за счет единообразия судебной и иной практики.

Т.В. Шепель, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Новосибирского государственного университета, говорила о научных воззрениях профессора Г.Ф. Шершеневича на проблему гражданско-правовой ответственности. Она заметила, что Г.Ф. Шершеневич различал ответственность за свои действия и за действия третьих лиц, а также по видам причиненного вреда. В то же время у Г.Ф. Шершеневича нет разделения ответственности на договорную и внедоговорную. Сейчас же различают договорную и внедоговорную (деликтную) ответственность, при этом внедоговорная ответственность имеет много разновидностей, в то время как общих норм о такой ответственности нет. Критически оценила Т.В. Шепель предложение некоторых авторов применять к деликтной ответственности по аналогии общие правила ст. 401. Не спасает, по ее мнению, ситуацию и принятый в западной доктрине подход относить все виды внедоговорной ответственности к деликтной и применять к ним нормы о деликтах. Очевидной представляется ей необходимость законодательного закрепления общих положений о гражданско-правовой ответственности.

Завершил научную часть пленарного заседания конференции доклад о проблемах и перспективах создания и функционирования регионального рынка прав на интеллектуальную собственность (на примере Республики Татарстан) **И.С. Мухамедшина**, кандидата юридических наук, профессора, заведующего кафедрой гражданского и предпринимательского права Российской государственной академии интеллектуальной собственности. Говорил он о долгосрочной целевой программе развития интеллектуальной собственности. В частности, в рамках данной программы предлагается создание биржи интеллектуальной собственности, аналогов которой на сегодня нет. Поскольку интеллектуальная собственность не может быть предметом отчуждения и переходить от одного лица к другому, а материальное выражение этих результатов может, спрос должен исходить от их производителей.

Пленарное заседание завершилось презентацией научных журналов — партнеров конференции: «Вестник гражданского права», «Вестник гражданского процесса», «Спортивное право» (издательство «Статут», г. Москва) и «Правильный совет» (г. Казань).

Подводя итоги пленарного заседания и конференции в целом, собравшиеся отметили ее высокий научно-практический уровень, широкое представительство

многими регионами России (более 30), а также ближнего и дальнего зарубежья. Проведение такого крупного научного форума позволит юридическому факультету Казанского федерального университета укрепить научные связи со многими ведущими юридическими школами России, ближнего и дальнего зарубежья, а также утвердить свои позиции как факультета, продолжающего традиции, заложенные своим выдающимся выпускником — доктором юридических наук, профессором Габриэлем Феликсовичем Шершеневичем.

Организаторы конференции выражают благодарность всем, принявшим участие в работе Международной научно-практической конференции «Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права», авторам, представившим свои статьи для опубликования в сборнике, а также партнерам конференции — издательству «Статут» (г. Москва), Российской правовой газете «Эж-Юрист», Правовой газете «Статус» (г. Екатеринбург), интернет-порталу о науке гражданского права «Цивилистика», компании ООО «ЮрЛит» («LawBookStore» (*LBS*)), Третьейскому энергетическому суду (г. Казань), Центру экспертных юридических услуг и медиационной деятельности «Униюрсервис» Казанского федерального университета, юридической фирме «Правис», ОАО «Электон», Республиканскому агропромышленному центру инвестиций и новаций, ОАО «Татэнергосбыт», Акционерному коммерческому банку «Ак барс», Акционерному инвестиционному коммерческому банку «Татфондбанк».

З.А. Ахметьянова,

к.ю.н., доцент,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права
Казанского (Приволжского) федерального университета,

Д.Х. Валеев,

д.ю.н.,

профессор кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса
Казанского (Приволжского) федерального университета,

З.Ф. Сафин,

д.ю.н.,

зав. кафедрой экологического, трудового права и гражданского процесса
Казанского (Приволжского) федерального университета,

М.Ю. Чельшев

д.ю.н.,

зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права
Казанского (Приволжского) федерального университета

РАЗДЕЛ 1. ТВОРЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА И КАЗАНСКАЯ ПРАВОВАЯ ШКОЛА

А.Ш. Хабибуллина,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;

М.Ю. Чельшев,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;

И.В. Эстулин,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Габриэль Феликсович Шершеневич: годы жизни, учебы, творчества в Казани

Профессор Казанского университета Габриэль Феликсович Шершеневич был одной из самых значимых фигур юридического просвещения и науки конца XIX — начала XX в., воззрения которого внесли неоценимый вклад в развитие российской правовой науки. Жизнь и творчество этого великого ученого-цивилиста дореволюционного периода тесно связаны с Казанью и Императорским Казанским университетом, где произошло его научное становление и творческая самореализация.

Г.Ф. Шершеневич жил, учился и работал в Казани в довольно интересный исторический период. Как отмечается историками, во второй половине XIX столетия и до начала XX в. Казань продолжает оставаться не просто главным городом губернии, а поистине столицей Поволжья и Приуралья, центром науки и культуры, промышленности и торговли всего обширного края. Богатый, многолюдный город, где мирно соседствовали мечети и церкви, костел и синагога, откуда свет знания и культуры проникал в самые далекие уголки империи, откуда во многие страны поступали книги, был по праву «восточной столицей» России¹.

Казань — родина Федора Ивановича Шаляпина (1873–1938), одного из известнейших русских басов, получившего мировое признание. С Казанью кон-

¹ См.: Никонова С.И. Казань на старинных открытках. Казань, 1994. С. 4–8.

ца XIX — начала XX в. связано и имя государственного и общественного деятеля, «великого вождя мирового пролетариата» Владимира Ильича (Ульянова) Ленина (1870—1924), который в 1887 г. поступил на юридический факультет Казанского университета, но довольно быстро был исключен за участие в студенческих волнениях. Казанский университет также сильно повлиял на становление личности Льва Николаевича Толстого (1828—1910), который поступил в 1844 г. на разряд восточной словесности, но вскоре перешел на юридический факультет университета¹.

Императорский Казанский университет был первым в провинции, третьим в России и самым восточным университетом, который изначально оказывал большое научно-образовательное влияние на регион и до конца XIX в. представлял собой крупнейший центр востоковедения в Европе. В конце XIX в. университет получил всемирное признание благодаря выдающимся ученым, работавшим в его стенах, сделавшим важные научные открытия, ставшим создателями научных школ в различных областях. Одной из них стала казанская дореволюционная юридическая научная и педагогическая школа.

Первая юридическая клиника в России была открыта в середине XIX в. при Казанском университете. Ее основоположником был известный цивилист Дмитрий Иванович Мейер². Казанский университет выступил центром развития отрасли международного частного права. Профессор Казанского университета Николай Павлович Иванов был первым ученым в России, использовавшим сам термин «международное частное право» в своей работе на тему «Основания частной международной юрисдикции»³. Термин «финансовое право» впервые появился в работе профессора (впоследствии декана юридического факультета и ректора) Казанского университета Евграфа Григорьевича Осокина (1819—1880) «Несколько спорных вопросов по истории русского финансового права».

Картину состояния науки в Казанском университете в какой-то степени дополняют и данные о заработной плате профессорско-преподавательского состава того исторического периода. Согласно Уставу университета 1884 г. должностной оклад профессора университета составлял 3000 руб. в год, т.е. 1 500 000 современных российских руб. в год, а в месяц — 125 000 руб. Экстраординарный профессор получал 2000 руб. в год, т.е. 1 000 000 руб. в год современными деньгами, лектор — 1000 руб., т.е. 500 000 современных руб. в год. Деканам также предоставлялась квартира и 600 руб. добавочного жалования. Профессорские стипендиаты получали 600 руб. в год⁴.

С историей Казанского университета XIX — начала XX в. связаны имена выдающихся русских ученых-цивилистов, таких как Дмитрий Иванович (Дитрих Иоганнович) Мейер; Григорий Федорович Дормидонтов; Михаил Михайлович Агарков;

¹ См. подробно: *Тарханов И.А., Чельшев М.Ю., Хасанов Р.А.* «Я ведь сам был юристом...»: студенческие годы Льва Николаевича Толстого на юридическом факультете Казанского университета // Закон. 2007. № 4. С. 53—60.

² См.: *Мейер Д.И.* О значении практики в системе современного юридического образования. Казань, 1855. С. 42.

³ *Аухатова А.Я.* Вклад Н.П. Иванова в отечественную науку международного частного права // Вестник ТИСБИ. 2004. № 2.

⁴ См.: *Виленкова Е.А., Малышева С.Ю., Сальникова А.А.* Культура повседневности провинциального города: Казань и казанцы XIX—XX вв. Казань, 2008. С. 78.

Борис Борисович Черепяхин; Евгений Владимирович Васьковский; Семен Викентьевич Пахман и др. Особое влияние на юридическую школу Казанского университета оказал выдающийся ученый Г.Ф. Шершеневич, получивший признание как блестящий юрист и педагог.

Г.Ф. Шершеневич родился 1 января 1863 г. в многодетной польской дворянской семье в г. Херсоне и 3 августа того же года был крещен как Габриэль Иосиф-Губерт в костеле с. Антоновка Чигиринского уезда Киевской губернии. Однако большую часть своей жизни он прожил в Казани.

Отец Г.Ф. Шершеневича, Феликс Григорьевич Шершеневич, происходил из дворянской семьи римско-католического вероисповедания, состоял в военной службе и участвовал в многочисленных военных кампаниях. В 1864 г. он был назначен симбирским губернским воинским начальником, а в 1865 г. Феликс Григорьевич был произведен в генерал-майоры с увольнением от службы с мундиром и пансионом полного оклада по 860 руб. серебром. Мать Г.Ф. Шершеневича — дочь помещика Зеферина Викентьевна Шершеневич, урожденная Бурхат.

Габриэль Шершеневич был самым младшим сыном в семье. У него было четверо старших братьев — Владимир, Александр, Станислав, Николай и одна сестра — Антонина. Один из братьев (Николай) был лекарем и до 1877 г. состоял ординатором в клинике Казанского университета. Все четверо братьев из воспоминаний Г.Ф. Шершеневича в разное время носили русский военный мундир. Крестным отцом Г.Ф. Шершеневича стал его дядя Иосиф Шершеневич, бывший в это время директором Второй Одесской гимназии. Еще один дядя — Андрей Шершеневич служил в Оренбургской пограничной комиссии¹.

В 1873 г. Г. Шершеневич был зачислен во 2-ю Казанскую мужскую гимназию², в которой отличился большими успехами в учебе, — за отличную учебу он получил награду 1-й степени³. После окончания гимназии Г.Ф. Шершеневич проживал по адресу: г. Казань, ул. Ново-Комиссариатская, дом Апехтина⁴. Сейчас на месте дома Апехтина находится дом-музей Василия Аксенова по адресу: г. Казань, ул. Муштари, д. 31/55. Кстати, в этом же доме выросла Елена Дьяконова, муза и любящая жена великого Сальвадора Дали. Поистине притягательное для великих и известных людей место!

В 1881 г., получив среднее образование во 2-й Казанской мужской гимназии, еще никому неизвестный Г. Шершеневич поступил на юридический факультет Казанского университета, а в 1885 г. он блестяще окончил курс юридических наук с предоставлением степени кандидата юридических наук, защитив диссертацию на тему «Об акционерных компаниях» с положительным отзывом профессора Адольфа Михайловича Осипова, который стал его научным руководителем.

¹ См. подробнее: Циунчук Р.А. Габриэль Шершеневич: ученый, педагог, политик // Мировое политическое и культурное пространство: история и современность: материалы международной научной конференции. Казань, 2007. С. 69–75.

² 2-я Казанская мужская гимназия — двухэтажное здание с пилястровым портиком, построенное в стиле классицизма. Сегодня это д. № 48/1 на ул. Левобулачной, в котором размещается Центр детского творчества и досуга Вахитовского района Казани (бывший городской Дом пионеров и школьников).

³ См.: Дело канцелярии директора Второй Казанской гимназии (НА РТ. Ф. 977. Оп. Ю/Ф).

⁴ Памятная книжка Казанской губернии за 1893–94 годы. Ч. 1 в 2 отд. Отд. I: Адресные сведения о начальствующих и служащих лицах в губернских, окружных, городских и других учреждениях, находящихся в Казани. Казань, 1894. С. 35.

Период учебы и работы в Казанском университете оказал огромное влияние на раскрытие потенциальных педагогических возможностей Г.Ф. Шершеневича и процесс становления его научных взглядов. Он принадлежал к числу наиболее деятельных и авторитетных университетских профессоров. Его выступления и лекции отличались взвешенностью позиций.

В ноябре 1885 г. он был оставлен при Казанском университете на два года для приготовления к профессорскому званию по кафедре торгового права с назначением стипендии по 600 руб. в год. В апреле 1887 г. Г.Ф. Шершеневич успешно сдал экзамен на степень магистра гражданского права, на котором его письменные ответы по гражданскому праву на тему «Имущественные отношения супругов» и по гражданскому судопроизводству на тему «О местной подсудности» были признаны удовлетворительными. 9 апреля 1888 г. Габриэлю Шершеневичу было выдано свидетельство юридического факультета в том, что он признан выдержавшим испытания на степень магистра гражданского права, а также в том, что он успешно прочел пробные лекции «О чеках» (в обязательном порядке) и «О правах замужней женщины на производство торговли» (по выбору). Таким образом, ему было предоставлено право преподавать в звании приват-доцента по кафедре торгового права¹.

В этом же 1888 г. Габриэль Феликсович защитил диссертацию на юридическом факультете Московского университета на тему «Система торговых действий», после чего последовало утверждение его в степени магистра гражданского права. В июне 1888 г. он был оставлен на вакантной кафедре торгового права и судопроизводства Казанского университета с выплатой вознаграждения в размере 600 руб. в полугодие, т.е. около 300 000 современных российских руб.

В декабре 1891 г. была представлена и публично защищена диссертация Г.Ф. Шершеневича на тему «Авторское право на литературные произведения». На заседании юридического факультета от 18 декабря 1891 г. было определено: признать защиту докторской диссертации Г.Ф. Шершеневича удовлетворительной и утвердить его в степени доктора гражданского права. В 1896 г. Г.Ф. Шершеневич был переведен профессором на кафедру гражданского права и судопроизводства с поручением ему преподавать также и торговое право².

Следует отметить, что отношения с коллегами по Казанскому университету у Габриэля Шершеневича в целом складывались бесконфликтно. Однако его самым «непримиримым» политическим оппонентом и личным недругом был профессор В.Ф. Залесский³.

Сфера научных интересов Г.Ф. Шершеневича обширна. Он является признанным авторитетом в области теории, истории и философии права, известным специалистом в области гражданского и торгового права. Научно-педагогическое наследие Габриэля Феликсовича, как было замечено, составляет «свыше ста семидесяти публикаций, в том числе монографий, лекционных курсов, учебных пособий,

¹ НА РГ. Ф. 977. Оп. Ю/Ф.

² Будучи доктором гражданского права по кафедре гражданского права и судопроизводства, Г.Ф. Шершеневич проживал по адресу: г. Казань, ул. Ново-Комиссариатская, дом Осокина. На сегодняшний день в этом здании с 1930 г. располагается Казанское художественное училище им. Н.И. Фешина по адресу: г. Казань, ул. Муштары, д. 16.

³ См.: Усманова Д. Депутаты от Казанской губернии в Государственной думе России. 1906–1917. Казань, 2006. С. 406.

проблемных научных статей и ярких публицистических очерков и заметок¹. Большинство научных трудов были написаны великим ученым именно в казанский период его творчества. Среди них такие, как «Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права». Казань, 1888; «Курс торгового права». Казань, 1888, 2-е изд. 1892, 3-е изд. 1899; «Конкурсное право». Казань, 1890, 2-е изд. 1898; «Авторское право на литературные произведения». Казань, 1891; «Наука гражданского права в России». Казань 1893; «Учебник русского гражданского права». Казань, 1894; «История философии права». Казань, 1904.

Важно отметить, что Габриэль Феликсович не только внес заметный вклад в отечественную юридическую науку и преподавание курсов гражданского и торгового права, но также оставил заметный след в истории Государственной думы. С началом конституционных преобразований Габриэль Шершеневич, признанный специалист в области гражданского и торгового права, был вовлечен в активную политическую жизнь, вошел в образованную партию народной свободы, участвовал в работе ее съездов. В качестве представителя казанского отделения партии кадетов он баллотировался в первую Государственную Думу и практически единогласно был избран ее членом.

В 1900 г. Г.Ф. Шершеневич был избран в члены, а затем и в председатели попечительского совета Казанской Мариинской женской гимназии. В гимназии ежегодно обучались более 800 учениц. Учеба была платной, однако многие девочки получали материальную помощь в виде стипендий или пособий².

Как следует из формулярного списка о службе ординарного профессора Императорского Казанского университета, статского советника Г.Ф. Шершеневича³, последний был разносторонне развитой и многогранной личностью, который много сил отдавал служению на общественном поприще, и за свои заслуги был награжден различными орденами, в их числе: орден Св. Станислава 2-й степени (1 января 1896 г.); орден Св. Анны 2-й степени (1 января 1899 г.); орден Св. равноапостольного Князя Владимира 4-й степени (1 января 1902 г.).

Что известно о семейной жизни Габриэля Феликсовича? Любопытно заметить, что Г.Ф. Шершеневич был женат дважды. Первая его жена — Ольга Андреевна Садовень была слушательницей Высших женских курсов в Казани. Брак длился в течение семи лет и был расторгнут 12 марта 1892 г. по прошению жены «с дозволением искице вступить в новое супружество и с осуждением г. Шершеневича на всегашнее безбрачие с лицом православным». Уже через месяц (20 апреля 1892 г.) настоятель французского прихода в С.-Петербурге повенчал в католической церкви профессора Габриэля Феликсовича с Евгенией Львовной Мандельштам евангелическо-лютеранского вероисповедания, дочерью статского советника и известного детского врача⁴. В 1893 году в семье Габриэля Шершеневича родился сын Вадим, а в 1900 году супруги расстались.

¹ Шигабулдинов Р.Р. Политико-правовые воззрения, общественная и научно-педагогическая деятельность Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.и.н. Казань, 2009. С. 3.

² Сегодня преемницей Мариинской женской гимназии является школа-лицей им. Н.И. Лобачевского при Казанском университете по ул. Рахматуллина, д. 2/18 (см.: <http://www.xn----8sbarmcoc4a6a.xn--p1ai/pamyatniki-arkhitektury/38-pervaya-zhenskaya-gimnaziya-v-kazani>).

³ НА РТ. Ф. 977. Оп. Ю/Ф.

⁴ Евгения Львовна Мандельштам (1869–1919) была известной оперной певицей, обладала сильным, полновзвучным голосом. Образование получила в Мариинской женской гимназии. Дебютировала в Ростове н/Д, позднее пела в Кишиневе, Саратове, Н. Новгороде, Самаре, Астрахани, Екатеринбурге.

Несколько слов о Вадиме Габриэлевиче Шершеневиче (1893–1942): он был известным русским поэтом, одним из основателей и главных теоретиков имажинизма — литературного направления, а также переводчиком и состоял в дружеских отношениях с Сергеем Есениным и Анатолием Мариенгофом. В возрасте девяти лет Вадим Шершеневич поступил в 3-ю Казанскую мужскую гимназию, на год младше положенного возраста. «Такой ранний прием, — писал позже поэт, — был сопряжен со всякими трудностями, вплоть до прошения на Высочайшее имя, но Николай II вел себя по отношению ко мне милостиво и прилично и препятствий не чинил»¹.

За хулиганский поступок Вадим был изгнан из гимназии. Желая приобрести славу революционера, юный профессорский отпрыск повесил на крыше гимназии красный флаг. После этого проступка, переполнившего чашу терпения учителей и родителей, Вадим переехал к отцу в Москву². Известность он получил как теоретик новаторских течений русской литературы Серебряного века. Скончался Вадим Шершеневич рано, как и отец, не дожив до 50 лет.

Воззрения Г.Ф. Шершеневича не теряют актуальности и после его смерти. Еще в 1915 г. коллеги и ученики Габриэля Феликсовича издали специальный сборник статей по гражданскому и торговому праву, посвященный его памяти. Жизнь и творчество ученого стали объектом пристального внимания и для современных исследователей³. Все это свидетельствует о значительном вкладе Г.Ф. Шершеневича в развитие отечественной правовой науки.

Д.Н. Горшунов,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства
и права, Казанский (Приволжский) федеральный университет,
судья Верховного суда Республики Татарстан

Теоретико-правовое наследие Г.Ф. Шершеневича: вневременная актуальность

Профессор Казанского и Московского университетов Габриэль Феликсович Шершеневич по праву признается одним из первых систематизаторов отечественного права, чьи научные исследования не теряют актуальности и в наши дни, являясь теоретической базой для многих фундаментальных трудов российских и зарубежных цивилистов и теоретиков права. Благодаря его работам в российскую правовую науку вошли и устоялись многие юридические категории и формулировки, которые стали своеобразным «скелетом» для последующих определений элементов конструкции системы права.

¹ См. подробнее: <http://www.to№el.ru/?l=gzl&uid=1137&op=bio>

² См.: *Усманова Д.* Депутаты от Казанской губернии в Государственной думе России. 1906–1917. Казань, 2006. С. 418.

³ В 2007 г. в Саратове защищена кандидатская диссертация Т.А. Желдыбиной на тему «Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича». В 2009 г. в Казани Р.Р. Шигабутдинов защитил кандидатскую диссертацию на тему «Политико-правовые воззрения, общественная и научно-педагогическая деятельность Г.Ф. Шершеневича».

Для начала следует упомянуть его роль в разработке и уточнении системообразующих критериев деления права на частное и публичное, которое признается большинством ученых и в наши дни. В частности, Г.Ф. Шершеневич писал: «Наиболее характерной чертой современного юридического порядка является резкое распадение норм права на две группы: на право гражданское или, иначе, частное и право публичное. Несмотря на то, что это разделение бросается в глаза с первого взгляда, что оно ложится в основание законодательных работ, судебной практики и юридической научной литературы, до сих пор остается невыясненным вопрос, где находится межевая черта между частным и публичным правом, каковы отличительные черты той области, которая носит название гражданского права и составляет предмет особой науки. Это исторически сложившееся различие скорее сознается инстинктивно, чем основывается на точно установленных признаках. Нельзя, конечно, сказать, чтобы был недостаток в попытках определить демаркационную линию, но, к сожалению, до сих пор в науке не достигнуто соглашения по этому вопросу»¹.

Г.Ф. Шершеневич, исследуя систему права, делал акцент на том, что ориентирование на европейские традиции в праве началось во времена Петра I. Оттуда же пошла и традиция деления права на частное (приватное) и публичное в русле естественно-правовой концепции². Однако Г.Ф. Шершеневич отмечает, что до 70-х годов XIX в. наука права излагалась сугубо исторически, и не было ни одного учебника или руководства по действующему гражданскому праву и процессу, что было полным «игнорированием со стороны науки запросов действительной жизни» в период судебной реформы 1864 г. Естественно, что это было «несоответствием историко-философствующего правоведения ни задачам науки права, ни насущным потребностям»³.

Г.Ф. Шершеневич был одним из первых ученых-юристов, кто ввел в научный оборот термин «законный интерес»: «Члены одного общества выработали в себе привычку отстаивать всеми законными средствами свои права, восставать против малейшего нарушения их законных интересов»⁴. Это в настоящее время данное правовое явление исследовано достаточно основательно, но вместе с тем не все стороны данного предмета раскрыты в полной степени.

Будучи последовательным сторонником «теории интересов» в праве, Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «общее благо разлагается на сумму частных интересов, и это дает основание утверждать, что общественные интересы охраняются правом настолько, насколько они в состоянии обеспечить благоденствие частных лиц. С другой стороны, частные интересы находят поддержку в праве и защиту лишь тогда и настолько, когда и насколько преследование их соответствует общему благу. Частный интерес, не отвечающий видам общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны. Итак, можно утверждать, что право имеет всегда в виду только общее благо или, наоборот, только частные интересы»⁵.

¹ Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве. Казань, 1898. С. 2.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань, 1893. С. 15.

³ Там же. С. 83. На это же обстоятельство с сожалением указывал и профессор, первый декан нравственно-политического отделения Императорского Казанского университета И.-Х. Финке: «Россия имеет много мудрых законов, но не имеет достаточно ученых произведений касательно правоведения» (Финке И.-Х. Естественное, частное, публичное и народное право. Казань, 1816. С. V–VII).

⁴ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1912. С. 293.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве. С. 8.

По всей видимости, учитывая вышеприведенные положения, нет оснований соглашаться с мнением Г.Ф. Шершеневича, что вся социальная жизнь построена на подчинении частных интересов общественным¹. Аналогичное мнение встречается и в современной правовой доктрине: публичное и частное право представляют собой один из «срез» иерархической (субординационной) структуры права на отраслевом уровне².

Помимо принципиальной сложности разграничения частного и общественно-го (публичного) интереса их противопоставление не совпадает с установившимся делением права. С этим соглашался и сам Г.Ф. Шершеневич: «В самом деле, тогда нормы, которые имеют в виду обеспечение жизни, здоровья, защиту чести вообще... следовало бы исключить из публичного права и включить в гражданское, как это сделано относительно норм, охраняющих собственность или договоры. Было бы совершенно произвольно утверждать, что отдельное лицо больше заинтересовано в защите своих имущественных интересов, чем жизни, здоровья, свободы»³.

Общепризнанной в наши дни в теории права является конструкция «правореализации» («реализации права»). И тут одним из правоведов, кто высказался по данному поводу, являлся Г.Ф. Шершеневич. Он одним из первых в отечественной правовой науке выделил процесс реализации права, отделив его от процесса толкования правовых норм, и соотнес его с принципами целесообразности и законности в реализации норм права: «Норма гражданского права, каково бы ни было ее происхождение, обычное или законодательное, должна быть применяема к конкретным отношениям по точному ее смыслу, несмотря ни на какие обстоятельства...»⁴.

Уже в начале XX в. Г.Ф. Шершеневич предложил использовать конструкцию правоприменения, которая стала общепринятой в отечественной правовой доктрине намного позже: «Применение абстрактной нормы права к конкретному случаю представляет не что иное, как силлогизм, в котором роль большой посылки играет юридическая норма, роль малой посылки — данные конкретного случая. Заключение служит руководством для согласования поведения с требованиями права или распознавания в случае столкновения... В действительности жизнь никогда не дает (юридического) казуса в его чистом виде. В бытовом отношении юридическая сторона уместается рядом с другими — экономической, нравственной. Дело юриста — очистить бытовое отношение так, чтобы оно предстало лишь как юридическое отношение»⁵.

Немаловажно значение работ Г.Ф. Шершеневича и в области исследования правосознания и правовой культуры. В связи с указанным можно привести его мнение, высказанное более 100 лет тому назад: «...многие нормы права воспринимаются незаметно, вместе с воспитанием, особенно те, которые совпадают с нормами нравственности. С другими нормами человек по кругу его занятий знакомится самостоятельно. Наконец, где недостает общих знаний и способности разобраться, необходимо обратиться к помощи юристов»⁶. Однако ему же принадлежат и следующие слова: «Помимо благоприятной среды, чувство законности требует, для

¹ Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. Январь. С. 35.

² Общая теория государства и права: учебник / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. М., 1998. С. 239–240.

³ Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве. С. 7.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Применение норм права. С. 34.

⁵ Там же. С. 70–71.

⁶ Там же. С. 43.

своего развития, еще знакомства граждан с действующим в их государстве правом. Трудно ожидать соблюдения законов по привычке и уважения к ним, когда человек незнаком с основными правилами, определяющими важнейшие его права и обязанности... Поэтому то распространение элементарных юридических знаний в обществе чрезвычайно важно для укрепления в гражданах чувства законности»¹.

Г.Ф. Шершеневичем было также подмечено различие правосознания европейцев и россиян: «Степень любви и привязанности народа к своему праву, с которыми он отстаивает его, определяется, по мнению Иеринга, усилиями и борьбой, затраченными на приобретение этого права; русский же народ не участвовал в выработке гражданско-правового порядка, сложившегося исключительно действиями правительства, не положил на него ни труда своего, ни крови, и потому нормы, поддерживающие этот порядок, ничего не говорят его сердцу. Он не в состоянии чувствовать недовольства при их нарушении так остро, как англичанин или француз, которые обдумывали значение норм тогда, когда они только создавались. Для русского человека, не приобретшего широкой общественной точки зрения, абстрактные нормы всегда менее важны, чем реальные интересы той или иной живой личности...»²

Можно утверждать, что и спустя многие годы отношение к праву не изменилось. Такое же суждение, как и приведенное выше, высказано в наши дни А.И. Брызгаловым: «...западные общества всегда рассматривали право в качестве ценностной составляющей своей жизни, и утрата доверия к этой форме существования для них особенно заметно. Обращение же к российским корням показывает, что право практически никогда не выступало как носитель ценности для отдельного человека, поскольку отражало только интересы общественного и публичного»³.

Склонные в большей степени к уважению правовых предписаний, европейцы всегда стремятся к официальному признанию своих интересов и притязаний, и факт отсутствия правового оформления тех или иных отношений вызывает у них помимо определенного психологического дискомфорта, по-видимому, еще и осознание того, что окружающие ввиду отсутствия соответствующей нормы права не обязаны уважать и оставлять в неприкосновенности их линию поведения, отдельные поступки и убеждения. Наличие же правовой нормы предоставляет им субъективное право со всеми возможностями по его осуществлению: возможность собственного поведения, возможность требования, возможность обращаться за защитой к государству — государственная обеспеченность путем принуждения других субъектов, обязанность других субъектов его уважать⁴.

Опираясь на вышесказанное, следует подчеркнуть, что многие современные проблемы правоведения были не только обозначены, но и сформулированы выдающимся классиком отечественной юриспруденции — Габриэлем Феликсовичем Шершеневичем. А по ряду вопросов он дал исчерпывающие ответы, которые вполне применимы и в наши дни в качестве фундамента научных исследований в области права.

¹ Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности. Казань, 1897. С. 24.

² Шершеневич Г.Ф. Применение норм права. С. 41.

³ Брызгалов А.И. Юридическая наука сегодня: теоретико-методологические проблемы, которые ждут решения // Журнал российского права. 2001. № 6. С. 44—45.

⁴ См.: Малько А.В. Основы теории законных интересов // Журнал российского права. 1999. № 5/6. С. 67.

Т.Г. Макаров,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;

З.Ф. Сафин,

д.ю.н., профессор,
зав. кафедрой экологического, трудового права и гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;

М.Ю. Чельшев,

д.ю.н., профессор,
зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

От кафедры права гражданского, уголовного и судопроизводства Императорского Казанского университета до кафедры гражданского и предпринимательского права Казанского (Приволжского) федерального университета

История кафедры гражданского и предпринимательского права ведет свое начало со времени основания университета. По Уставу 1804 г. была создана кафедра права гражданского, уголовного и судопроизводства Российской империи. С 1835 г. кафедра стала называться кафедрой гражданских законов — общих, особенных и местных¹.

Яркой личностью среди юристов университета был профессор гражданского права Д.И. Мейер (1819—1856), выдающийся русский цивилист. Его научно-педагогическая деятельность оказала глубокое влияние на группировавшееся вокруг него студенчество и передовых ученых университета. С 1845 г. по 1855 г. он работал на кафедре гражданского права.

Уже магистерская диссертация Д.И. Мейера «Опыт о праве казны по действующему законодательству» (1846) привлекла внимание общественности. Событием для всего города стала защита им докторской диссертации «О древнем русском праве залога» (1848).

С момента появления Д.И. Мейера в Казанском университете кафедра гражданского права почти никогда не была вакантной. Это объясняется, по-видимому, тем, что система преподавания гражданского права и гражданского судопроизводства, разработанная Д.И. Мейером, привлекала в Казанский университет лучших российских юристов².

Учившийся на юридическом факультете Казанского университета Л.Н. Толстой написал под научным руководством профессора Д.И. Мейера курсовую работу, которая была посвящена исследованию законодательства Екатерины II. В своей ра-

¹ Казанский университет. Очерки истории (1804—1979) / под ред. М.Т. Нужина. Казань, 1979. С. 63.

² Валеев Д.Х., Нуриев А.Г., Базина Ю.С. Развитие наук цивилистического процесса в Казанском университете (1804—2006 гг.) // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: сб. материалов Международной научно-практической конференции / отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшев. Вып. 2. Казань, 2006. С. 120.

боте Л.Н. Толстой сравнил проект Екатерининского «Наказа» с «Духом законов» Монтескье. По признанию самого Л.Н. Толстого, на его дальнейшую творческую деятельность существенное влияние оказал Д.И. Мейер¹.

По Уставу 1863 г. кафедра получила название: «Гражданское право и гражданское судопроизводство и судопроизводство», а по Уставу 1884 г. — «Гражданское право и гражданское судопроизводство». С 1896 г. по 1905 г. на кафедре работал известный русский ученый-цивилист, в последующем депутат I Государственной Думы Г.Ф. Шершеневич. В области гражданского и торгового права он оставил много работ, отдельные из них не утратили своей научной значимости и сегодня².

Вот что писал о Г.Ф. Шершеневиче в 1912 г. В. Краснокутский в Отчете Императорского Московского университета: «Научный облик Г.Ф. Шершеневича трудно обрисовать в немногих чертах и нелегко определить его место в истории русского юридического просвещения. Слишком многогранной представляется его личность, многосторонними оказываются интересы и сложной неустанная работа пересмотра, проверки и обновления своих взглядов на коротком протяжении 24 лет научной деятельности. Можно только сказать, что он по преимуществу был догматиком права, но с таким широким захватом исторических, социологических и философских элементов, какой так редко сочетается в одном лице»³.

С 1905 по 1919 г. на кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства работал яркий представитель казанской школы юристов начала XX в., профессор гражданского права А.А. Симолин. Можно сказать, что А.А. Симолин становится законным преемником Г.Ф. Шершеневича (став затем и заведующим кафедрой) в Казанском университете после переезда последнего в Москву.

В 1911 г. А.А. Симолин защитил магистерскую диссертацию «Договор промыслового ученичества», в 1916 г. — докторскую диссертацию «Влияние моментов безвозмездности в гражданском праве»⁴.

После Октябрьской революции 1917 г. юридический факультет Казанского университета был упразднен. На базе юридического и исторического факультетов в университете был создан факультет общественных наук (ФОН), в составе которого было создано семь кафедр юридического профиля, но кафедры гражданского права в их числе не было. Гражданское право преподавалось учеными с других кафедр⁵.

В 1931 г. юридическое образование переместилось из университета в Институт советского строительства и советского права, переименованный в 1936 г. в юридический институт, в составе которого была образована кафедра гражданского права. До момента ликвидации юридического института кафедру возглавлял В.Г. Барышников.

¹ См.: Тарханов И.А., Хасанов Р.А., Челышев М.Ю. «Я ведь сам был юристом»: студенческие годы Льва Николаевича Толстого на юридическом факультете Казанского университета // Закон. 2007. № 4. С. 53–60.

² Казанский университет. Очерки истории (1804–1979) / под ред. М.Т. Нужина. Казань, 1979. С. 64.

³ Краснокутский В. Габриэль Феликсович Шершеневич // Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005.

⁴ Ем В.С., Комарова Т.Е., Симолин А.В. Сфера свободы (библиографический очерк) // Симолин А.А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. М., 2005.

⁵ Емельянова И.А. Юридические науки в Казанском университете после закрытия юридического факультета (1919–1927 гг.) // Ученые записки Казан. ун-та. Т. 132. Казань, 1996.

В 1952 г. после ликвидации Казанского юридического института был восстановлен юридический факультет Казанского государственного университета. Следует подчеркнуть, что именно это событие во многом предопределило дальнейшее развитие юридической науки в Казанском университете¹.

В связи с болезнью В.Г. Барышникова обязанности заведующего кафедрой стал исполнять Р.С. Ажимов. С 1961 г. он был утвержден в должности заведующего и до конца жизни занимал данную должность².

В работах Р.С. Ажимова исследуются правоотношения, которые возникают и функционируют в сфере капитального строительства, осуществляемого колхозами с участием межколхозных строительных организаций. Основное внимание уделяется изучению механизма правового регулирования в этой области общественного производства, в том числе дается общая характеристика договорных связей, их экономической основы и правового содержания³.

С 1981 по 1992 г. кафедрой гражданского права и процесса заведовал Александр Андреевич Рябов. Сфера его научных интересов – гражданское право и экологическое право. В 1985 г. А.А. Рябов защитил докторскую диссертацию на тему «Охрана права государственной собственности на природные ресурсы СССР»⁴.

С июня 1992 до января 1998 г., в трудный для всей страны и для отечественной науки период, в должности заведующего кафедрой гражданского права и процесса работала профессор Александра Константиновна Безина. В этот период Александра Константиновна пригласила на учебу в аспирантуру и на работу молодежь – выпускников юридического факультета университета, которые стали известными в научной юридической среде специалистами, учеными, – это профессор М.Ю. Чельшев, профессор Д.Х. Валеев, доценты К.М. Арсланов, А.В. Михайлов, О.Н. Низамиева и др.⁵

С 1998 по 2005 г. кафедрой гражданского права и процесса заведовал Завдат Файзрахманович Сафин, ныне заведующий кафедрой экологического, трудового права и гражданского процесса Казанского университета. В 2005 г. Завдат Файзрахманович защитил докторскую диссертацию на тему «Гражданско-правовое регулирование договорных отношений субъектов предпринимательской деятельности агропромышленного комплекса в валютно-финансовой сфере»⁶.

В 2005 г. создана кафедра гражданского и предпринимательского права. С первых дней создания кафедру возглавлял доктор юридических наук, профессор Михаил Юрьевич Чельшев.

¹ Сафин З.Ф., Фатхутдинова В.Г. Рашид Серазетдинович Ажимов – профессор, заведующий кафедрой гражданского права и процесса (1975–1981 гг.) // Фронтвики – ученые Казанского университета. Казань, 2000. С. 36.

² Телишев В.Ф. «Во имя павших и живых во имя...»: книга памяти Казанского университета. Казань, 2010. С. 18.

³ Видные ученые-юристы России (вторая половина XX века): Энциклопедический словарь биографий / под ред. В.М. Сырых. М., 2006. С. 14.

⁴ Биографию А.А. Рябова см.: <http://www.az-libr.ru/Persons/000/Src/0002/e11c5e0e.shtml>, свободный.

⁵ Рахматуллина Р.Н. Современная казанская школа трудового права и ее основатель – профессор Александра Константиновна Безина // Ученые записки. Т. VIII: Сб. ст. преподавателей Казан. филиала ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия». Казань, 2012. С. 11–12.

⁶ См.: Сафин З.Ф. Гражданско-правовое регулирование договорных отношений субъектов предпринимательской деятельности агропромышленного комплекса в валютно-финансовой сфере: дис. ... д.ю.н. Казань, 2005.

В настоящее время на кафедре работает 32 преподавателя, из них 1 доктор юридических наук и 23 кандидата юридических наук, а также 2 специалиста по учебно-методической работе.

Основное научное направление кафедры — «Актуальные проблемы соотношения гражданско-правового и иного отраслевого регулирования имущественных и неимущественных отношений».

В последние годы на кафедре гражданского и предпринимательского права развиваются научные исследования в сферах спортивного права, охраны прав потребителей (М.Ю. Чельшев, В.П. Васькевич и др.); предпринимательского права (А.В. Михайлов, А.Г. Демиева и др.); семейного права (О.Н. Низамиева, С.Б. Селецкая и др.); корпоративного права (Н.Е. Карягин, О.А. Чепарина и др.); вещного права (З.А. Ахметьянова и др.); образовательного права (О.А. Чепарина, Е.В. Кобчикова, Т.И. Лазарева и др.); права интеллектуальной собственности (Р.И. Ситдикова, Т.Г. Макаров, Р.А. Хасанов и др.); иностранного гражданского права, международного частного права, германского права (К.М. Арсланов и др.); исламского частного права (И.И. Салихов и др.) и в других областях.

На кафедре сформирована и активно развивается научная и педагогическая школа спортивного права (М.Ю. Чельшев, В.П. Васькевич, А.В. Михайлов, Е.С. Мигунова и др.).

Докторанты кафедры ведут активную работу по написанию своих докторских диссертаций. Диссертации готовятся по следующим направлениям: проблемы частного наказания в гражданском праве (доц. К.М. Арсланов); система методов правового регулирования отношений с участием предпринимателей (доц. А.В. Михайлов); теория договорного регулирования в семейном праве (доц. О.Н. Низамиева); гражданско-правовые средства реформирования высшего профессионального образования (доц. Н.Е. Карягин); обеспечение баланса частных, общественных и публичных интересов авторским правом (доц. Р.И. Ситдикова); юридические конструкции возмездных договоров (доц. Ю.А. Серкова); участие публично-правовых образований в гражданско-правовых отношениях (доц. С.Б. Селецкая); гражданско-правовой механизм защиты вещных прав (доц. З.А. Ахметьянова); система гражданско-правовых средств охраны субъектов отношений в сфере профессионального спорта и спорта высших достижений (доц. В.П. Васькевич); градостроительное право в системе российского права: частноправовой аспект (доц. Р.Р. Ганеев); нравственные начала гражданского права (доц. Ф.И. Хамидуллина); механизм гражданско-правового регулирования отношений по созданию и использованию результатов творческой деятельности (доц. Т.Г. Макаров).

Кафедра гражданского и предпринимательского права ведет подготовку аспирантов и соискателей по специальности 12.00.03 — гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право.

Кафедра поддерживает и развивает научные связи со многими цивилистическими кафедрами высших учебных заведений России. Преподаватели кафедры принимают активное участие в многочисленных международных и всероссийских научно-практических конференциях, являются авторами большого количества научных статей, тезисов, монографий. Развиваются и международные связи кафедры. Так, кафедра установила тесное сотрудничество с высшими учебными заведениями Украины, Белоруссии, Казахстана, Польши и Германии.

Большинство преподавателей кафедры успешно сочетают научную и педагогическую деятельность с юридической практикой. Среди преподавателей кафедры есть адвокаты, руководители юридических служб коммерческих и иных организаций, в том числе международных, судьи и председатели постоянно действующих третейских судов. Признанием высокого профессионализма преподавателей кафедры является избрание ряда членов кафедры (М.Ю. Челышев, Р.И. Ситдикова, О.Н. Низамиева) экспертами Комитета по правовым и судебным вопросам Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации.

К.М. Арсланов,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

О значении практики в юридическом образовании: влияние трудов Д.И. Мейера и его последователей на формирование современной концепции

Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации 2009 г.¹ в качестве главных ориентиров в реформировании гражданского законодательства обозначила учет: 1) исторического развития российского права и базовых исторических принципов российского права и правовых систем континентального права (римское право), 2) иностранного опыта правового регулирования, 3) потребностей практики («отечественных реалий»), 4) состояния науки и положений в юридической литературе². Эти «ориентиры» среди прочего подчеркивают как важность обращения к теории (в том числе теории прошлых столетий), так и необходимость учета практического опыта. Причем как первое, так и второе должны со всей необходимостью быть «привиты» любому профессиональному юристу уже в процессе получения юридического образования.

Одной из проблем подготовки современного юриста в стенах образовательного учреждения является необходимость привить ему навыки практической работы. При этом навыки практической работы выражаются: в понимании значения отдельного правового института, конкретной правовой нормы для определенной жизненной ситуации; в умении решать жизненные казусы на основе надлежащих правовых источников; в знакомстве с повседневной работой практикующего юриста. Отрыв теории от практики, обучения от процедур прикладного применения теоретических знаний, что, к сожалению, наблюдается при подготовке современ-

¹ Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.; разработана на основе Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

² См.: Арсланов К.М. К вопросу о месте российского гражданского права в классификации правовых систем мира // Казанская наука. 2012. № 2. С. 194–197; Он же. О взаимосвязи российского гражданского права с германской правовой системой // Ученые записки Казанского ун-та. Серия «Гуманитарные науки». Т. 154. Кн. 4. Казань, 2012. С. 67–73.

ного юриста, влечет за собой зачастую долгий процесс «вхождения» молодого специалиста в юридическую жизнь после получения юридического образования в стенах университета или юридического института.

Сама поставленная в настоящей статье проблема не является новой для российского права. Начало дискуссии можно связывать с учеными Московского университета 30-х годов XIX в., с трудами З.А. Горюшкина и Н.Н. Сандунова¹. Но именно работа Д.И. Мейера «О значении практики в системе современного юридического образования» (1855)² стала фундаментальной для формирования концепции взаимовлияния практики и юридического образования. Практика, по мнению Д.И. Мейера, должна формировать в студенте либо «служителя законодательной власти», либо «орудие власти судебной», либо «представителя граждан».

Сами практические занятия в суде или в адвокатском бюро Д.И. Мейер критикует в силу того, что в этих местах «образование происходит без правильной системы, без установленного плана, не представляет ручательства за полноту и заключается собственно лишь в приловчении к производству дел, а не у разумении начал, проявляющихся в юридических определениях и законах...»³. От начинающего юриста требуется, чтобы он «почти с самого вступления на практическое поприще был уже полезным деятелем и отнюдь не допускается предположение, что его начальное невежество может принести ущерб успеху делопроизводства»⁴. Д.И. Мейер отмечает, что «при устранении практической стороны в образовании юридического самая обширная и стройная чисто теоретическая система обращается в великолепную фантазмагорию...»⁵. Важным для современного юриста становится «умение применять знание к подлежащим случаям»⁶, при этом судебная практика является в «тесном смысле» практикой.

Подчеркивая, что «потребность в дополнении академических курсов практикой не новая, а была постоянно ощущаема», Д.И. Мейер традиционно ссылается на образовательный опыт Германии, где как во времена Д.И. Мейера, так и сегодня особо важным является практическая составляющая образовательного процесса⁷. Именно Д.И. Мейер считается зачинателем такого уже ставшего обычным явлением современного юридического образовательного процесса, как юридическая клиника.

Продолжением обсуждения проблемы влияния практики на юридическое образование послужили работы Г.Ф. Шершеневича, среди которых в этой связи следует выделить его труд «Наука гражданского права в России»⁸. В этом труде Г.Ф. Шер-

¹ Егоров С.А. Юридическое образование в России в первой половине XIX столетия // Новая правовая мысль. 2002. № 1. С. 54–58; Томсинов В.А. Русский законоискусник Захар Аникеевич Горюшкин (1748–1821) // Закон. 2009. № 6. С. 287–295. См. также известную торжественную речь Н.Н. Сандунова «Слово о необходимости знать законы гражданские и о способе учить и учиться российскому законоведению» (1822 г.), в которой Н.Н. Сандунов последовательно отстаивает практический элемент юридического образования даже в ущерб его теоретической составляющей.

² Мейер Д.И. О значении практики в системе современного юридического образования. Казань, 1855.

³ Там же. С. 5.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 11.

⁶ Там же. С. 12.

⁷ Там же. С. 44–46.

⁸ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань, 1893.

шеневич особо отмечает роль Д.И. Мейера в формировании концепции соединения теоретического изучения права и его практического осмысления: «Мейер всегда имел в виду приложение науки к жизни»¹. Г.Ф. Шершеневич особое значение в «общении между теорией и практикой» видит и в «учреждении при университетах юридических обществ»². Как известно, Г.Ф. Шершеневич был долгие годы руководителем Казанского юридического общества.

Существенным вкладом в понимание значения практики в юридическом образовании стала в последующем работа К. Дыновского «Задачи цивилистического образования и значение его для гражданского правосудия» (1896)³. Делая ссылку в самом начале своего очерка на работу Эрнста Иммануэля Беккера (Ernst Immanuel Bekker) «Серьезно и в шутку о нашей науке» (1892 г.)⁴ и на работу Гольдшмидта «Изучение права и порядок экзаменов» (1887 г.)⁵, К. Дыновский, опираясь на германский опыт подготовки юристов, говорит об особенных проблемах именно в практической подготовке по гражданскому праву, признавая ее достаточность в области уголовного права⁶. К. Дыновский отмечает, что «русское правоведение создано университетской наукой под влиянием германской юриспруденции, которая продолжает воспитывать русскую юридическую мысль»⁷. Не случайна в этой связи ссылка К. Дыновского на авторитет Р. фон Иеринга, который «настаивал на необходимости следования и в области правоведения примеру естественных наук, заменивших книжную мудрость изучением и наблюдением действительной жизни»⁸. Причем «практическое направление вовсе не отрицает значения догматических конструкций и понятий»⁹. Одним из своих основных выводов К. Дыновский объявляет то, что «задачи практической юриспруденции должны проникнуть в университеты, оказать влияние на юридическое образование, на систему теоретического преподавания»¹⁰. К. Дыновский признает при этом существенную роль Д.И. Мейера в развитии юридической клиники для студентов¹¹.

Работы К.П. Победоносцева, Н.К. Реннекампа и других выдающихся ученых второй половины XIX столетия, безусловно, внесли свой вклад в развитие концепции взаимного влияния практики и теории для юридического образования.

В последние годы происходит переосмысление значения правового учения прошлого с позиции извлечения из него уроков для современности. Появляются новые работы и исследования, в которых подчеркивается необходимость соединения юридического образования и практических начал, при этом в качестве примера об-

¹ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 67, 80.

² Там же. С. 81.

³ Дыновский К. Задачи цивилистического образования и значение его для гражданского правосудия. Одесса, 1896.

⁴ Bekker Ernst Immanuel. Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft. Leipzig, 1892.

⁵ Goldschmidt, Levin. Rechtsstudium und Rechtsordnung — Ein Beitrag zur Preußischen und Deutschen Rechtsgeschichte. Stuttgart, 1887.

⁶ Bekker Ernst Immanuel. Op. cit. S. 2.

⁷ Дыновский К. Указ. соч. С. 5.

⁸ Там же. С. 9.

⁹ Там же. С. 13.

¹⁰ Там же. С. 46.

¹¹ Там же. С. 47, 54.

ращаются к работам прошлых столетий¹. Нельзя сказать, что в период советского права фундаментальных работ о значении практики для юридического образования не было². Но именно в настоящее время, когда, как никогда ранее, стала важной концепция соединения практики и теории в подготовке современного юриста, все чаще происходит обращение к наработкам Д.И. Мейера, Г.Ф. Шершеневича и др. по вопросу о соединении теоретических и практических начал в юридическом образовании. Немаловажным при этом является и опыт германского юридического образования, которое как в XIX столетии, так и в настоящее время продолжает служить образцом всесторонней подготовки современного юриста³.

¹ См., например, *Горбатова М.К.* Высшее юридическое образование в современной России: теоретико-правовые аспекты развития: дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2007; *Зипунникова Н.Н.* Юридическое образование и наука в императорской России // Вестник Удмуртского университета. 2007. № 6. С. 163–174; *Рассохин А.В.* Юридическое образование в пореформенной России: Вторая половина XIX – начало XX вв.: дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2004; *Томсинов В.А.* Юридическое образование и юриспруденция в России в эпоху «великих реформ» (60-е – начало 80-х г.г. XIX в.): учеб. пособие. М., 2013 и др.

² См., например: *Алексеев С.С., Яковлев В.Ф.* О модели юриста и обучении в юридических вузах // Правоведение. 1976. № 4. С. 73–81.

³ См. особо: *Schapp Jan / Schur, Wolfgang.* Einführung in das Bürgerliche Recht. 4. Auflage. München, 2007. S. 1–24; *Шанн Ян.* Основы гражданского права Германии. М., 1996. § 1.

РАЗДЕЛ 2. СОВРЕМЕННЫЕ ЦИВИЛИСТИЧЕСКИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ И ИДЕИ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В.В. Васильев,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Тверской государственной университет

Дуализм понимания сущности внутриотраслевых связей в гражданском праве

Гражданско-правовые нормы, институты и подотрасли гражданского права — это важнейшие структурные элементы системы гражданского права. Эффективность осуществляемого ими правового регулирования возможна только при наличии процессов взаимодействия, взаимопроникновения и сущностного дополнения друг друга. Они будут возможны только в случае объективного существования взаимосвязей между структурными элементами системы гражданского права. Это обстоятельство актуализирует значимость проблемы исследования внутриотраслевых связей и определяет потребность их детального рассмотрения.

Связь с позиции философского понимания представляет собой взаимообусловленность существования явлений, разделенных в пространстве¹. Связь — это также взаимное ограничение степени свободы элементов или объектов, в результате которого создается механизм сдержек и противовесов их функционирования, ограничивающий их бесконтрольное существование и воздействие, а также обеспечивается возможность обмена и взаимодействия между структурными элементами². Такое понимание связи следует признать верным и отражающим сущность этого явления. Однако прямого заимствования такого понятия для познания системы гражданского права недостаточно.

Понимание сущности внутриотраслевых связей гражданского права должно быть основано на дуалистическом подходе. Он проявляется в возможности и активной потребности рассмотрения и исследования внутриотраслевых связей

¹ См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 598.

² См.: Волкова В.Н., Денисов А.А. Теория систем и системный анализ: учебник для вузов. М., 2010. С. 34; Сурмин Ю.П. Теория систем и системный анализ: учеб. пособие. Киев, 2003. С. 105.

с двух сторон: и как структурного элемента системы гражданского права, и как перманентного состояния, свойственного структурным элементам системы гражданского права. При этом разграничение понимания связи как элемента и связи как состояния настолько условно, что их раздельное рассмотрение не может быть признано оправданным.

Внутриотраслевые и межотраслевые связи гражданского права представляют собой парные категории¹: если межотраслевые связи — это «отношения взаимной зависимости, обусловленности и общности между различными правовыми отраслями»², то внутриотраслевые связи представляют собой отношения внутри системы, между образующими ее элементами. Признаки, свойственные межотраслевым связям, — взаимная зависимость, обусловленность и общность относятся и к внутриотраслевым связям.

С позиции лингвистического толкования зависимость означает отношение одного явления к другому как следствия к причине либо подчиненность чужой власти при отсутствии самостоятельности, свободы³. Взаимная зависимость в структуре гражданского права проявляется в том, что связи между гражданско-правовыми нормами зависят от связей между гражданско-правовыми институтами и подотраслями гражданского права. Эта зависимость носит абсолютный характер, поскольку существование и функционирование взаимосвязей между различными элементами гражданско-правовой структуры постоянны, независимо от состояния статики или динамики общественных отношений.

Рассмотрение взаимозависимого характера внутриотраслевых связей неразрывно связано и с их взаимообусловленностью, которая означает влияние одних явлений на другие⁴. В философии взаимообусловленность рассматривается посредством использования понятий «взаимосвязь» и «взаимодействие»⁵. Исходя из этого, взаимообусловленность гражданско-правовых связей следует рассматривать как перманентное состояние их взаимодействия.

Взаимозависимость и взаимообусловленность внутриотраслевых связей позволяют рассматривать всю совокупность связей между гражданско-правовыми элементами в качестве подсистемы целостной общности, образующей наряду с иными структурными элементами более крупное целое — систему гражданского права. Зависимость и обусловленность внутриотраслевых связей являются катализаторами общности, но не могут быть признаны тождественными характеристиками. Существительное «общность» толкуется как единство, наличие неразрывных связей⁶. Такое понимание может быть использовано для исследования гражданско-правовых связей. Характеристика внутриотраслевых связей как общности свидетельствует об их единстве и неразрывности. Единство внутриотраслевых связей обусловлено совокупностью отраслевых системообразующих факторов, позволяющих рассматривать внутриотраслевые гражданско-правовые связи в качестве разновидности

¹ См.: *Чельшев М.Ю.* Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: автореф. дис. ... д.ю.н. Казань, 2009. С. 17.

² Там же.

³ *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1973. С. 184.

⁴ См. там же. С. 73.

⁵ См.: *Философская энциклопедия.* В 5 т. / под ред. Ф.В. Константинова. Т. 2. М., 1960–1970. С. 45.

⁶ См.: *Ожегов С.И.* Указ. соч. С. 401.

правовых связей. Неразрывность связей свидетельствует о ценностной сущности совокупности внутриотраслевых связей, проявляющихся исключительно в процессе их единого рассмотрения, поскольку разрозненный анализ связей не дает целостного представления о системе гражданского права.

К специфическим свойствам внутриотраслевых связей гражданского права относят: 1) субординационный характер, являющийся следствием многоуровневого строения гражданского права; 2) координационный характер, выражающий сущность связей между структурными элементами, не имеющими иерархической природы; 3) динамичный характер, проявляющийся в постоянном развитии внутриотраслевых связей¹. С такими выводами следует согласиться, но с некоторыми дополнениями.

Внутриотраслевая связь в гражданском праве — это многоуровневый элемент, отражающий состояние взаимодействия структурных элементов системы гражданского права и многоуровневый характер такого взаимодействия.

Первый уровень образует взаимосвязь между первичными элементами системы — гражданско-правовыми нормами.

Вторым уровнем является взаимосвязь между гражданско-правовой нормой и гражданско-правовым институтом. Внутри этого уровня взаимосвязь отражается в воздействии общих гражданско-правовых норм на любые институты гражданского права — общие и специальные, т.е. отражает прямое или косвенное воздействие общих норм.

Третьим уровнем внутриотраслевых связей являются связи между гражданско-правовыми институтами. Такие связи могут существовать при заключении гражданско-правового договора, предметом которого являются условия, входящие в различные гражданско-правовые институты.

В результате существования связей первого, второго и третьего уровней можно говорить и о внутриотраслевых связях между подотраслями гражданского права. Такие связи условны, поскольку проявляются во взаимосвязях, существующих в трех вышеназванных уровнях.

Из вышеизложенного следует, что субординационный характер и координационный характер внутриотраслевых гражданско-правовых связей являются видовыми сторонами более сложной родовой характеристики внутриотраслевых связей — многоуровневого характера.

Их динамичный характер свидетельствует о том, что внутриотраслевые связи гражданского права — это постоянно развивающиеся связи, они изменяются с совершенствованием гражданско-правового регулирования и появлением новых элементов системы гражданского права².

Многоуровневый характер и динамичный характер — это универсальные характеристики, свойственные внутриотраслевым связям любой отрасли права. Несмотря на свою значимость, они не отражают качественных свойств, характерных исключительно для внутриотраслевых связей гражданского права. Такой характеристикой следует признать их частноправовой характер. Частноправовой характер внутриотраслевых связей гражданского права является следствием сущностных свойств предмета, метода, принципов и функций гражданского права. Част-

¹ См.: Чельшев М.Ю. Гражданско-правовые системные связи: внутриотраслевые и межотраслевые характеристики // Вестник экономики, права и социологии. 2007. № 1. С. 116.

² См. там же.

ноправовой характер этих системообразующих факторов воздействует на характер взаимосвязей между структурными элементами.

Единство гражданского права обеспечивается совокупностью отраслевых взаимосвязей. Их существование свидетельствует о том, что структурные элементы не разрознены, а представляют единое целое. Направленность их правового регулирования также едина — создание диспозитивности правового регулирования, обеспечение юридического равенства субъектов гражданского права, формирование условий для активной экономической деятельности, реальная гарантированность неприкосновенности собственности и др. При таких условиях внутриотраслевые связи — это звенья системы гражданского права, в результате функционирования которых обеспечивается оптимальное соотношение структурных элементов. Соотношение структурных элементов системы гражданского права понимается как последовательность их расположения, логичность и непротиворечивость их внутреннего содержания, следование одного из другого. В этом важнейшая задача внутриотраслевых связей гражданского права. Возможность функционального дополнения одних структурных элементов другими — это неотъемлемое свойство и функциональное предназначение внутриотраслевых связей гражданского права.

Таким образом, во-первых, внутриотраслевые гражданско-правовые связи — это обладающее частноправовым характером перманентное состояние, характеризующееся взаимозависимым и взаимообусловленным характером, отражающим их общность в системной целостности гражданского права; во-вторых, в силу дуалистического значения гражданско-правовые связи являются полноправными элементами системы гражданского права.

В.Г. Голубцов,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой предпринимательского права,

Пермский государственный национальный исследовательский университет

Воззрения классиков дореволюционной российской цивилистики как основа современного учения о конвергенции публичного и частного права

Дискуссия о взаимовлиянии и взаимодействии публичных и частных элементов в правовом регулировании общественных отношений стала едва ли не самой «популярной» и «современной», о чем красноречиво свидетельствует количество публикаций и диссертационных исследований, посвященных этому явлению.

И если утверждение о необходимости разграничения публичного и частного права исследователи традиционно воспринимают как «классическое», то идею о взаимовлиянии и взаимопроникновении — конвергенции — публично- и частноправового регулирования нередко определяют как возникшую на современном этапе, отчасти в противовес «классическим» воззрениям о разграничении публичного и частного права.

Действительно, краеугольным для дореволюционной российской цивилистики являлся именно вопрос о необходимости разграничения публичного и частного права и критерии такого разграничения.

На сложность разрешения этого и необходимость правильной постановки этого вопроса обращал внимание еще Г.Ф. Шершеневич, отмечая, что «несогласие вызывается нередко неправильной постановкой вопроса: в то время как одни имеют в виду выяснить существующее явление, другие пытаются оправдать его с точки зрения целесообразности, а иные ставят себе задачу установить теоретически желаемое направление границы»¹.

Наиболее распространенным критерием для такого разграничения дореволюционные цивилисты считали теорию интереса. Именно критерий интереса определяли той разграничительной линией, которая позволяет различать права частные и публичные. Иными словами, если в конкретном правоотношении присутствует частный интерес, то налицо частное правоотношение и частное право, если же, напротив, в результате реализации конкретного субъективного права преследуется интерес публичный, то мы имеем дело с правом публичным.

При этом необходимо согласиться с Г.Ф. Шершеневичем, отмечавшим, что право в объективном смысле «всегда имеет в виду общественное благо и с этой точки зрения правы те, которые отвергают возможности различия между гражданским и публичным правом, основанного на охраняемых нормах интересов — устанавливает ли законодатель порядок перехода собственности на землю, или порядок вексельного регресса или организацию министерства, или способ взимания акциза, или меры, предупреждающие бегство преступника — везде оно руководствуется общественным интересом»².

При этом необходимо вслед за Г.Ф. Шершеневичем признать, что «различие между публичным и гражданским правом может быть построено с точки зрения материального момента только на различии отношений, но не норм»³.

Таким образом, отношение, которое непосредственно не преследует интересов государства, которое выступает в данном случае в качестве суверена (носителя политической власти, субъекта законного принуждения), является частным, и, напротив, те отношения, где интерес государства как субъекта суверенной публичной власти отсутствует в качестве непосредственного, и есть отношения, преследующие частный интерес, т.е. частноправовые отношения.

Таковы классические воззрения о необходимости разграничения публичного и частного права, которые основываются в значительной степени на трудах Г.Ф. Шершеневича.

Между тем необходимо отметить, что дореволюционная цивилистика в этом вопросе отнюдь не ограничивалась, как зачастую принято считать, разрешением вопроса о необходимости разграничения публичного и частного права и установления критериев различия между ними.

Давая доктринальное определение и выявляя принципиальное различие между правом публичным и частным (гражданским), дореволюционные цивилисты обращали внимание также на несколько принципиально важных положений.

Во-первых, определение и разграничение публичного и частного права ни в коем случае не должны приводить к их противопоставлению. Отрицание важности

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 1: Введение. Вып. 1. Казань, 1901. С. 50.

² Там же. С. 62.

³ Там же.

публичного права в угоду частноправовым воззрениям может повлечь за собой отрицание частного права как такового, поскольку посредством именно публичных инструментов реализуется охранительная функция права, возможность реализации которой является условием его существования. Недопустимо и возведение в абсолют публично-правовых интересов, поскольку в этом случае невозможно будет существование индивида как такового.

Не следует забывать о выдвинутой еще Г. Спенсером и развитой в свое время Г.Ф. Шершеневичем теории, в соответствии с которой главенствующей в вопросе существования и развития частного и публичного права является идея параллельного существования и развития государственного и индивидуального интереса, которое с юридической стороны выражается в разделении права на публичное и частное¹.

На наш взгляд, необходимо полностью согласиться с указанной точкой зрения. Очевидно, что разделение права на публичное и частное ни в коем случае не означает их противопоставления. «Публичное и частное право стоят в отношениях взаимной зависимости и соподчинения, а не предшествования друг другу — даже в логическом смысле, — или поглощения одного другим»². Указанная процедура разграничения права имеет своей целью уяснение духа и определение места указанных образований в правовой системе. «Различие между тем и другим не может быть иным как условным и делаемым исключительно в учебных и практических целях, рассчитанных на то, чтобы достигнуть возможной обозримости огромного материала, представляемого совокупностью права и подчиненного в своем целом единой закономерности»³.

Во-вторых, граница между публичным и частным правом на протяжении истории периодически менялась и меняется. На этот факт также обращали внимание дореволюционные цивилисты, отмечая, что «существующее в современном юридическом порядке различие гражданского и публичного права... представляют собой лишь историческое явление»⁴ и «граница на протяжении истории далеко не всегда проходила в одном месте»⁵. Так, в древнее время государство не вмешивалось в некоторые отношения, которые впоследствии стали составлять предмет уголовного права, известны истории и обратные процессы.

В-третьих, помимо упомянутой выше исторической изменчивости границы между частным и публичным правом необходимо иметь в виду, что «даже в каждый данный момент эти границы не представляют резкой демаркационной линии»⁶. Этот признак базируется, несомненно, на идее параллельного развития и существования частного и публичного права. «Тесная связь в пределах каждого отдельного законодательства между публичным и частным правом, связь, позволяющая видеть в том и в другом две стороны одного и того же отношения (Аренс), опирается, с одной стороны, на общность предмета или материала гражданского или публичного права, с другой стороны, на взаимное отношение между индивидом

¹ См. об этом: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 77.

² *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. Т. 1: Часть общая. СПб., 1911. С. 81.

³ Там же. С. 79.

⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 70.

⁵ *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 40.

⁶ Там же. С. 41.

и обществом. Над тем и другим возвышается право «единое» в своем основании, охватывающее всю социальную жизнь и дающее содержание как публичному, так и частному праву»¹.

Эти взгляды, базирующиеся на идее параллельного развития частного и публичного права и заключающиеся в признании взаимного проникновения и влияния друг на друга двух указанных частей права и привели к возникновению оживленной современной дискуссии о влиянии публично-правовых элементов на гражданско-правовую материю и необходимости изучения этого явления, что представляет значительную трудность, поскольку, как метко подметил в свое время К.Д. Кавелин, непрерывное взаимодействие частных и публичных элементов, хотя оно редко выступает наружу и бросается в глаза, а обыкновенно совершается в тиши, незаметно для наблюдателя и обнаруживается только в своих действиях и результатах.

Итак, с учетом сказанного необходимо признать, что идея установления оптимального сочетания публичных и частных начал в правовом регулировании возникла не вчера, а базируется на фундаментальных воззрениях дореволюционных российских цивилистов, которые помимо теории разграничения публичного и частного правового регулирования сформулировали также постулат о признании взаимного проникновения и влияния друг на друга публичного и частного права — или «конвергенции» — как это явление принято именовать в современных исследованиях.

С.Н. Ермолаев,

аспирант 2-го курса очной аспирантуры,
Кубанский государственный аграрный университет

Совместное обладание имущественными правами в гражданском праве

Совместное (долевое) обладание имущественными правами — явление, не разработанное в науке гражданского права, несмотря на то, что отношения общего обладания имущественными правами прямо законодательно закреплены. Проблема состоит в том, что ни наука гражданского права, ни гражданское законодательство не рассматривают долевое обладание имущественными правами как правовое явление вообще. Внимание уделяется лишь отдельным институтам: общей собственности, множественности лиц в обязательстве, соавторству. Наука гражданского права пока еще не обратила внимание на их принципиальную похожесть, которая основывается на том, что во всех вышеперечисленных случаях обладателями одного-единственного объекта гражданского права являются одновременно несколько лиц. Не имеется исследований, посвященных сопоставлению, объединению или сравнению этих институтов.

Действующий ГК РФ также в первую очередь акцентирует общую собственность, выделяя в своей структуре гл. 16 «Общая собственность». Помимо этого затрагиваются и отношения множественности лиц в обязательстве (ст. 321–326 ГК РФ), на-

¹ Гамбаров Ю.С. Указ. соч. С. 79.

следственные правоотношения (ст. 1164–1170 ГК РФ), правоотношения в простом товариществе (ст. 1041–1044 ГК РФ), правоотношения принадлежности исключительного права одновременно нескольким лицам (п. 2–4 ст. 1229 ГК РФ) и ряд других норм. Из простого перечисления регулируемых ГК РФ отношений становится понятно, что доля в имущественных правах возникает в гражданском праве в тех случаях, когда обладателем одного имущественного права выступает не один, а несколько субъектов гражданского права. Другими словами, доля в имущественном праве возникает из множественности субъектов при обладании одним объектом гражданского права. Рассмотрим правовое регулирование вышеперечисленных групп долевого обладания имущественными правами.

Пункт 1 ст. 244 ГК РФ закрепляет то, что «имущество, находящееся в собственности двух или нескольких лиц, принадлежит им на праве общей собственности. Имущество может находиться в общей собственности с определением доли каждого из собственников в праве собственности (долевая собственность) или без определения таких долей (совместная собственность). Общая собственность на имущество является долевой, за исключением случаев, когда законом предусмотрено образование совместной собственности на это имущество». Общая собственность возникает, как правило, при поступлении в собственность двух или нескольких лиц имущества, которое не может быть разделено без изменения его назначения (неделимые вещи) либо не подлежит разделу в силу закона. Нормативно-правовое регулирование отношений общей собственности имеет более детальное регулирование по сравнению с другими институтами долевого (общего, совместного) обладания имущественными правами, в частности определяется порядок определения долей сособственников, порядок улучшения вещи, порядок и условия владения, пользования и распоряжения вещами, урегулировано право сособственника на преимущественную покупку доли, урегулированы особенности общей и совместной собственности, право на плоды, продукцию, доход, момент перехода доли, раздел общего имущества.

В обязательственных отношениях со множественностью лиц ст. 308 ГК РФ закрепляет, что в качестве стороны обязательства (кредитора или должника) могут участвовать одно или одновременно несколько лиц.

Статья 321 ГК РФ (долевые обязательства) устанавливает, что если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников, то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими постольку, поскольку из закона, иных правовых актов или условий обязательства не вытекает иное. Статья содержит по существу два правила: о праве кредитора требовать исполнения от содолжника лишь в его доле (и корреспондирующей обязанности последнего) и о равенстве долей. Причем далее по тексту нормы устанавливается возможность изъятия законом, иными правовыми актами или условиями обязательства. При долевой ответственности каждый из содолжников обязан нести ответственность в той доле, которая согласно закону или договору падает на него. Доли эти могут быть равными или не равными, но они всегда определены.

Статья 322 ГК РФ (солидарные обязательства) определяет, что солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникает, если солидарность обязанности или требования предусмотрена договором или установлена за-

коном, в частности при неделимости предмета обязательства. Солидарность с неизбежностью влечет за собой образование двух групп или двух сфер отношений, в известной степени отграниченных друг от друга. Первая — это отношения между сторонами обязательства (должники — кредиторы). Вторая — это отношения между участниками обязательства на одной из его сторон (отношения внутри множественности), соответственно между сокредиторами и между содолжниками.

Обратимся теперь к рассмотрению отношений в договоре простого товарищества. Статья 1041 ГК РФ дает понятие договора простого товарищества. 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. Согласно ч. 1 ст. 1043 ГК РФ внесенное товарищами имущество, которым они обладали на праве собственности, а также произведенная в результате совместной деятельности продукция и полученные от такой деятельности плоды и доходы признаются их общей долевой собственностью, если иное не установлено законом или договором простого товарищества либо не вытекает из существа обязательства. Законодатель прямо относит имущество простого товарищества к совместной собственности.

Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» увеличивает круг правоотношений с множеством лиц в отношении общего для них имущественного права. Статья 223 этого Проекта определяет, что к отношениям, связанным с принадлежностью одного ограниченного вещного права двум или несколькими лицам, соответственно применяются правила об общей собственности, т.е. Проект вводит долю не только на право собственности, но и долю в отношении всех вещных прав. Проект вводит в оборот новый договор — договор совместного счета. Клиентам в этом договоре принадлежит доля в составе денежных средств совместного счета. Проект также определяет, что исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации принадлежит нескольким лицам совместно, что означает долевое обладание исключительными правами вообще в качестве общего правила.

Если сравнить правовое регулирование множественности лиц при обладании одним имущественным правом, то можно отметить, что оно весьма схоже: закон требует получения согласия сообладателя на осуществление имущественного права, на исполнение имущественной обязанности, а также презюмирует, что доли сообладателей в имущественном праве признаются равными. При этом обладание долей в имущественном праве требует согласование воли сообладателей при осуществлении и исполнении их общих прав и обязанностей.

Теория государства и права позволяет рассматривать долевое обладание имущественными правами как самостоятельный институт, в который будут входить такие подинституты, как право общего обладания вещным правом, множественность лиц в обязательствах, совместное обладание интеллектуальной собственностью. Совместное обладание имущественными правами, таким образом, «проходит красной нитью» через институты и подотрасли гражданского права, что позволяет утверждать, что доля в имущественном праве представляет собой институт,

который должен находиться в общих положениях ГК РФ и распространять сферу действия на всю совокупность институтов гражданского права. Институт долевого обладания имущественными правами должен располагаться в разд. I «Общие положения» ГК РФ, так как его положения распространяются на все другие институты гражданского права. Наиболее рационально этот институт встраивается в подразд. II разд. I ГК РФ «Лица» отдельной главой, которую можно, например, назвать «Совместное обладание объектами гражданского права». Гражданское право, таким образом, получит институт, чем-то напоминающий институт соучастия в уголовном праве.

О.А. Ищенко,

к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин,
Дальневосточный юридический институт МВД России;

К.Г. Салтыков,

к. ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин,
Дальневосточный юридический институт МВД России

Оценочные понятия в гражданском праве

В гражданском законодательстве распространенным приемом регулирования общественных отношений является использование в нормах закона оценочных понятий, выражающих нечеткие представления о тех или иных юридических явлениях в российской правовой доктрине, в отношении которых определение смысловых границ не всегда представляется полностью возможным.

Безусловно, эффективность законодательства в данном случае во многом определяется способностью закона адекватно регулировать процессы, происходящие в обществе. Учитывая то, что действительность настолько сложна, многообразна и переменчива, законодатель не всегда может уловить и отразить с помощью закона все особенности конкретных ситуаций и вынужден прибегнуть к использованию такого приема юридической техники, как включение в текст гражданско-правовых норм оценочных понятий.

Посредством закрепления в законе оценочных понятий законодатель предоставляет субъектам различных видов правоотношений в процессе реализации правовых норм (использовании, исполнении, соблюдении, применении норм права) самим определять меру, отделяющую одно правовое состояние от другого либо правовое состояние от неправового¹.

В то же время в науке, к сожалению, не существует единого мнения о природе и содержании интенциональной характеристики множества понятий, обозначаемых как оценочные. В теории права и в отраслевой юриспруденции выработаны различные подходы, позволяющие дать определение «оценочного понятия», неизменно сходные в наличии основного признака — неконкретизированности в законе².

¹ Диденко А.Г. Оценочные понятия в гражданском законодательстве: Избранное (постсоветский период). Алматы, 2004. С. 26.

² Кашанина Т.В. Оценочные понятия в советском праве // Правоведение. 1976. № 5. С. 28.

Помимо названного выделяют ряд дополнительных признаков, среди которых: неопределенность; потребность оценки содержания правоприменителем с учетом конкретной ситуации правового спора; необходимость апеллирования к правосознанию лица, применяющего правовую норму с оценочным понятием; возможность свободного усмотрения в процессе применения рассматриваемой группы понятий¹.

Обобщая названные признаки, представляется возможным указать на то, что конструирование оценочных понятий осуществляется при помощи относительно-определенных семантически единиц юридического языка, используемых законодателем при невозможности детального урегулирования ряда схожих обстоятельств и служащих для обозначения абстрактных правовых явлений, содержание которых имеет незамкнутую структуру, всегда оставаясь открытым, и может быть установлено лишь посредством самостоятельной оценки конкретной правоприменительной ситуации со стороны лица, применяющего закон.

Среди многообразия элементов понятийного аппарата, используемого в гражданском законодательстве, для краткого анализа можно, например, выделить такую терминологическую единицу, как «разумный срок», функционально связанную оценочными понятиями «своевременность», «достаточность» и «эффективность».

Можно отметить, что понятие «разумный срок» не только обладает вышеобозначенными признаками, придающими ему оценочный характер, но в то же время имеет и свои специфические черты.

В первую очередь, особенностью данного вида срока является то, что он стимулирует участников правоотношения к своевременности, достаточности и эффективности действий, тем самым как бы включая в себя иные оценочные категории, требующие дальнейшего уяснения. В этом плане к понятию «разумный срок» относимы слова М.С. Строговича о том, что соблюдение процессуальных сроков обуславливает достижение юридического эффекта того или иного действия².

Таким образом, разумный срок предстает как особый вид срока в рамках уже определенных законом временных периодов. Этот срок отвечает интересам различных участников правоотношений, но не превышает те сроки, которые получили формальное определение в законе. Очевидно, что в данном случае законодатель при регламентации сроков основывается на соотношении диспозитивного и публичного начал.

Подходы к выявлению содержания данного критерия могут быть выявлены в результате организационно-управленческой деятельности путем анализа статистических данных о работе того или иного государственного органа, обобщения практики.

Также необходимо учитывать и иные правовые обстоятельства и состояния: 1) правовая и фактическая сложность; 2) поведение участников правоотношения; 3) достаточность и эффективность действий органов власти. Приведенные критерии также определены посредством использования оценочных понятий, в свою очередь также требующих расшифровки.

Можно заключить, что при правильном использовании данные понятия способствуют достижению законодательной экономии и, как следствие, облегчают уяснение правовых норм гражданами. И несмотря на то, что оперирование оценочными понятиями представляет определенную сложность для правопримени-

¹ *Пиголкин А.С.* Юридическая терминология и пути ее совершенствования // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1971. Вып. 24. С. 23; *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. М., 1972. С. 134.

² См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 201.

тельной практики, заменить их формально-определенными в большинстве случаев невозможно или нецелесообразно.

В литературе справедливо отмечается, что законодатель, используя для формирования правовых основ общественных отношений оценочные понятия, не расширяет последние, справедливо уступая это право правоприменителю¹.

Таким образом, не вызывает сомнения верность и обоснованность представленного в отечественной правовой науке мнения, основанного на том, что использование оценочных понятий необходимо трактовать как специфический способ восполнительного регулирования², дающий возможность для гибкой регламентации тех или иных аспектов общественных отношений, которые не поддаются четкому и исчерпывающе закрытому формальному определению языком закона.

Е.Г. Комиссарова,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса,
Тюменский государственный институт мировой экономики,
управления и права

Право на профессиональную честь в свете учения Г.Ф. Шершеневича о нравственности

Вопрос о соотношении права и нравственности давно является объектом философских, правовых и социологических исследований. Не обошел его вниманием и Г.Ф. Шершеневич, чье научное творчество пришлось на самую продуктивную стадию своего дореволюционного развития. Излагая основные мысли о нравственности в одной из своих речей под названием «Утилитарное учение о нравственности»³, автор основывал свои взгляды на том, что именно «нравственность придает всякой конкретной деятельности общечеловеческий смысл». Без надуманности и излишней оригинальности Г.Ф. Шершеневич излагал собственные выводы о месте и роли нравственности в ряду иных социальных регуляторов, указывая, что среди правил общежития надлежит различать «право, нравственность, приличия, к которым некоторые присоединяют моду или еще обряды»⁴. Право и нравственность, по автору, лежат в одной плоскости, но нравственность вырабатывается только обществом.

Будучи сторонником юридического позитивизма, Г.Ф. Шершеневич не допускал собственной «грамматической формулы» для нравственности в виде отдельных установлений, ориентированных на повеление. Вопреки господствовавшей

¹ Марфицин П.Г. Понятие и значение относительно-определенных предписаний в уголовно-процессуальном праве // Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002. URL: <http://www.lawtech.agava.ra/pub/busled.ht>

² Кашанина Т.В. Указ. соч. С. 25–31; Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: теоретико-правовой анализ и практика применения: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2010. С. 38.

³ Доклады в Юридическом обществе при Казанском университете: в 1901 г. Речь «Утилитарное учение о нравственности» (п. 3-27) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910 // СПС «КонсультантПлюс».

в то время в науке формуле «право есть нравственный минимум», Г.Ф. Шершеневич, устраивал свои суждения о нравственности на том, что «нравственность есть социальный минимум, поскольку нормы нравственности — это совокупность требований, предъявляемых со стороны общества индивиду, без которых общежитие невозможно». Ученого волновал тот факт, что за счет нравственности происходит расширение права, однако при этом Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «право, конечно, способно поддержать требования нравственности, которые недостаточно обеспечены неорганизованной санкцией». Тем самым, Г.Ф. Шершеневич все же не исключал и непосредственного «проникновения» нравственных установлений в законодательные тексты.

Исторический экскурс свидетельствует о том, что отечественные науки этики и права на протяжении многих лет формировались как две области знания, не пересекающиеся между собой. Сегодня это положение, в известной мере, определяет тот факт, что «вкрапление» этических категорий в правовую сферу происходит больше в силу насущной необходимости, нежели является результатом эффективной доктринальной проработки. Результатом такого вкрапления является не только эффект смешения между собой истинно этических норм, норм дисциплинарных и правил профессионального поведения лиц соответствующей профессии, но и неизвестность правовых последствий введения отдельных из них.

Из мирового исторического опыта известно, что проблемы соотношения государства, права и нравственности актуализируются в различные переломные периоды развития. Такой исторический период, требующий нового переосмысления нравственных основ права и его институтов, переживает сегодня современная Россия: новые времена требуют новой этики, т.е. новых оснований для нравственного поведения. Следствием этого осознания стала презентация моральной терминологии в значительном числе нормативно-правовых актов за счет введения таких культурно-этических единиц, как «профессиональная честь», «профессиональное достоинство». Однако надлежащего теоретического задела, который предшествовал бы их внедрению в законодательные тексты в современной российской юриспруденции пока не создано. В связи с этим оказывается востребованным и актуальным доктринальный опыт предшественников, исследование которого позволит современным ученым не только сосредоточить свои усилия на отраслевом анализе конкретных этических категорий, но и увидеть методологические ориентиры для включения таких категорий в законодательство.

Алгоритм соотношения права и нравственности, как показало время, не является статичным. Главная идея (ядро) этого алгоритма в виде того, что нравственность оказывает влияние на формирование норм права, а нормы в свою очередь защищают нравственность, с течением времени, под влиянием общественно-экономического и политического развития общества и государства обрывает новыми моментами, а соответственно реформируется и соотношение между ними. Однако неизменными остаются характеристики права и нравственности.

Отделяя право от нравственности, главным образом за счет санкций, которыми поддерживаются каждое из них, Г.Ф. Шершеневич видел нравственность в двух плоскостях: в объективном смысле в виде совокупности норм, определяющих поведение индивида в интересе общего блага и в субъективном смысле как готовность индивида подчинять свое поведение требованиям общего блага. Интересы

«общего блага» проходят «красной нитью» через все учение Г.Ф. Шершеневича о нравственности, указывавшего, что кроме духовной природы, усвоенных воспитанием наклонностей, чувства совести, выступающего побудителем нравственного поведения, его мотивами является также «связь между личными и общественными интересами».

Нравственные понятия, по Г.Ф. Шершеневичу, относительно и исторически обусловлены. Примером такого исторически обусловленного понятия сегодня является понятие «профессиональная честь». Эта категория профессиональной этики интересует современное гражданское право с двух позиций: как разновидность личных нематериальных благ (ст. 150 ГК РФ) и как субъективное гражданское право, возникающее по поводу данных благ. Благодаря правовому освоению отношений, возникающих по поводу такого более общего понятия, как «честь», и тот и другой аспект в современной цивилистике снискали уже немало теоретического внимания.

Нельзя однозначно утверждать, что новизна законодательного подхода, связанного с использованием понятия «профессиональная честь» является абсолютной. Она во многом напоминает «хорошо забытое старое», так как в обобщенном значении нравственные нормативы для лиц определенных профессий, известны российской истории с давних времен в виде рыцарской, родовой, сословной, военной, служебной чести. По весьма понятным причинам они в большей степени существовали вне грамматических формул и к праву непосредственного отношения не имели. Сближение этических категорий с нормативными текстами началось в советское время. Категория «честь» в облике трудовой чести стала входить в нормы трудового права. В условиях существовавшего тезиса о том, что труд при социализме не является товаром, отсутствия каких-либо теоретических учений о личных неимущественных правах в сфере трудового права, трудовая честь защищалась методами трудового права в виде запрета на увольнение по основаниям, не предусмотренным законом. Юрико-фактические основания возникновения охранительного отношения по защите чести в случае ее нарушения в виде распространения порочащих сведений стали известны начиная с 1961 г. с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, где впервые были закреплены права на честь и достоинство. С этого времени понятие «честь» обретает более широкое, а не только «трудовое» значение.

Под честью, в ее профессиональном значении, принято понимать заслуженную репутацию, доброе имя, личный авторитет, проявляющиеся в верности гражданскому и служебному долгу, данному слову и принятым нравственным обязательствам. Подчеркивается и групповое значение данного качества, обладание которым образует морально-нравственные основания правового статуса лиц отдельных профессий, допустимый прогноз их трудового поведения. Сводная характеристика категории «профессиональная честь», с опорой на существующий гражданско-правовой инструментарий, позволяет увидеть правовые качества этого явления. С одной стороны, оно выступает нормативным регулятором поведения, а с другой — само нуждается в защите.

Сфера реализации права на профессиональную честь и его защиту — трудовая. Отсюда неизбежно возникают вопросы о том, какая отрасль права «ответственна» за формирование материально-правовых предпосылок для возникновения охранительного правоотношения по защите профессиональной чести; в каком соотноше-

нии допустимо «пересечение» норм по защите личных неимущественных прав из права гражданского с нормами права трудового, где только начинается постановка проблемы о личных неимущественных правах; совпадает ли структура субъективного права на гражданскую честь, которой присущ только охранительный компонент, с аналогичным правом на профессиональную честь.

Нет оснований для утверждения, что нормы профессиональной нравственности относятся к автономным установлениям. Более того, игнорирование этой связи влечет за собой подмену нравственных норм дисциплинарными правилами, инструктивными и уставными документами, которые на самом деле имеют мало общего с нравственностью, ее категориями, а также правами, связанными с морально-нравственными установками, и их защитой. Но с другой стороны, понятие «профессиональная честь» наиболее востребовано в области трудовых (служебных) отношений. Здесь возникновение права на профессиональную честь, в отличие от права на гражданскую честь, связано с возрастом и личными характеристиками, значимыми в момент заключения трудового договора (служебного контракта). Нельзя не учитывать и тот факт, что нормы этического характера в профессиональной среде носят деонтологический характер, а значит, существуют на уровне обязывающих предписаний. Важно и то, что субъективное право на профессиональную честь не ограничивается только охранительной компонентой, как это имеет место в отношении прав на гражданскую честь, которой корреспондирует обязанность третьих лиц не вмешиваться в сферу обладания ими.

При всей схожести типологии юридических формул для чести в ее общегражданском (непрофессиональном) понимании и профессиональной чести нельзя не учитывать тот факт, что абсолютное большинство нормативных актов, содержащих отсылку к профессиональной чести, находят консолидацию в трудовом законодательстве, а потому надлежит принять тот факт, что часть юридико-фактических оснований для возникновения охранительного правоотношения по защите профессиональной чести должны быть сформированы в том числе и с учетом его норм.

В.В. Кулаков,

д.ю.н., доцент, профессор кафедры гражданского права,
Российская академия правосудия

О роли принципов гражданского права в правовом регулировании общественных отношений

Проблеме установления юридической природы принципов права уделено достаточное внимание и в общей теории права, и в цивилистике. Однако разнообразие доктринальных взглядов (их понимают как основополагающие идеи, особые правовые нормы, меру справедливости, квинтэссенцию многовекового опыта правового регулирования определенной сферы общественных отношений и др.) не позволяет определить их значение в правовом регулировании общественных отноше-

ний. Легистский тип правопонимания не позволяет отграничить принципы права от нормативных правовых актов и иных форм права.

На наш взгляд, сущность принципов гражданского права заключается в следующем. В целях нормального существования и развития общества и экономики государство в процессе правового регулирования вынуждено учитывать объективно существующие наиболее важные явления, состояния, потребности. Их признание придает им характер особой формы гражданского права — его принципов, которые в отличие от иных форм права обладают более высоким уровнем обобщения. Принципы права признаются, а не принимаются государством. Они находятся вне сравнения с иными формами права, поскольку имеют иное назначение — организацию правового регулирования.

В связи с этим возникает ряд важных вопросов: кому принципы гражданского права адресованы, как применяются в процессе правового регулирования общественных отношений, где их искать?

Расположение комментируемой статьи в гл. 1 ГК РФ и буквальное значение выражения «гражданское законодательство основывается на признании» означает, что принципы не предписаны в виде юридических обязанностей участникам гражданских правоотношений, а адресованы самому законодателю (Федеральному Собранию РФ). В связи с этим вряд ли обоснованно закрепление в новой редакции ст. 1 ГК РФ в качестве одного из основных начал гражданского законодательства требования к участникам гражданских правоотношений действовать добросовестно при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей. Представление требований к добросовестности в качестве принципа права вступает в противоречие с нормой п. 5 ст. 10 ГК РФ, в которой добросовестность выступает как презумпция.

Итак, основные начала гражданского законодательства в первую очередь адресованы органам законодательной власти. Применяются ли они судами и органами исполнительной власти? Многие из них повторяют по содержанию статьи Конституции РФ или прямо из нее следуют; соответственно, Конституционный Суд РФ в рамках предоставленной ему компетенции вправе оценить соответствие законодательных актов Конституции РФ, а следовательно, и конституционным принципам гражданского законодательства. На необходимость применения основных начал гражданского законодательства иными юрисдикционными органами законодатель указывает лишь в случаях разрешения ситуаций в гражданском обороте, оказавшихся не урегулированными действующим законодательством (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Вместе с тем в практике нередки случаи, когда суды основывают свои решения на принципах гражданского права не только при применении аналогии права.

Перечень принципов, закрепленный в ст. 1 ГК РФ, принято считать открытым, относя к ним, в частности, добросовестность, разумность и справедливость, упоминаемые в п. 2 ст. 6 ГК РФ. Вместе с тем представляется, что в данной норме они понимаются иначе — как характеристики поведения участников гражданских правоотношений. Предполагается, что уже принятое законодательство уже отвечает принципам гражданского права, однако в его отсутствие суд, по сути, «выполняет работу» за законодателя, но касательно конкретного отношения. В данной ситуации требуется оценка поведения его участников. Квалификация этих отноше-

ний как гражданско-правовых осуществляется на основе принципов, закрепленных в ст. 1 ГК РФ.

Если говорить о возможности применения принципов гражданского права органами исполнительной власти, заметим, что это относится к деятельности Президента РФ, поскольку в отличие от Правительства РФ и иных федеральных органов исполнительной власти, только он обладает инициативой в принятии непредусмотренных законом нормативных актов.

Выяснение содержания каждого из принципов – весьма трудная задача и зависит от уровня правосознания лиц, обладающих законодательной властью. Соответственно, первостепенная роль в их выявлении принадлежит юридической науке. Формально принципы права могут быть зафиксированы в разных формах права, однако это не должно вести к выводу об их идентичности. В науке, законодательстве и судебной практике происходит смешение принципов права с иными формами права. Наиболее отчетливо это проявляется в ч. 4 ст. 15 Конституции РФ (вслед за ней и в ст. 7 ГК РФ), где в одном ряду перечисляются: 1) общепризнанные принципы, 2) нормы международного права и 3) международные договоры. В п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» сделана попытка разделить общепризнанные принципы и нормы международного права, однако первые определяются через нормы международного права, что привело к фактическому отождествлению этих понятий. Полагаем, что содержание ст. 7 ГК РФ на самом деле предполагает наличие двух форм международного права: общепризнанных принципов и международных договоров. При этом основополагающие принципы гражданского права имеют интернациональное значение, поэтому сказанное выше относительно форм международного права вполне применимо и к праву внутреннему. Принципы права могут найти отражение в международных договорах и в иных писанных актах, в частности, в документах ООН и ее специализированных учреждений, во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах. Нормы международного права могут и не иметь письменного закрепления. В ст. 7 ГК РФ не упоминается такая форма международного права, как обычаи, вместе с тем, согласно Статуту Международного суда, принятому 26 июня 1945 г., упомянут «международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (подп. б п. 1 ст. 38). Преамбула Венской конвенции о праве международных договоров, принятой 23 мая 1969 г., гласит: «...нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать вопросы, которые не нашли решения в положениях настоящей Конвенции».

Таким образом, основополагающие принципы гражданского права следует понимать как особую форму гражданского права, обладающую по сравнению с иными формами права наивысшей степенью обобщения. Основные принципы гражданского права адресованы государству, в первую очередь законодателю, но должны учитываться не только в правотворческой, но и в правоприменительной деятельности. При этом нельзя понимать основополагающие принципы права как требования к поведению участников гражданских правоотношений.

А.В. Майфат,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права,
Уральская государственная академия

Добросовестность и изменения, вносимые в Гражданский кодекс Российской Федерации

Изменения, внесенные Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ (вступившие в силу с 1 марта 2013 г., за исключением положений, для которых установлены иные сроки вступления их в силу), коснулись, в частности, такой категории, как «добросовестность». Теперь в ст. 1 ГК РФ предусматривается, что «при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно». Важно обратить внимание на следующее.

Во-первых, в отличие от положений ст. 10 ГК РФ, которыми была предусмотрена только презумпция добросовестности участников оборота, теперь появилась обязанность для всех участников отношений действовать добросовестно.

Во-вторых, указано, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

В-третьих, законом вводятся специальные последствия нарушения обязанности действовать добросовестно.

Из ст. 10 ГК РФ следует, что если недобросовестное поведение является осознанным («заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав»), то оно является формой злоупотребления правом.

Частными случаями такого злоупотребления являются:

— осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу;

— действия в обход закона с противоправной целью.

В случае, если лицо злоупотребляет своим правом, как указано выше, суд отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично. При этом должны быть учтены характер и последствия допущенного злоупотребления. Это означает, что суд может и не применить такую меру, как отказ в защите.

Возможны и иные последствия, однако они должны быть прямо предусмотрены законом. Отсюда можно сделать вывод, что сделка не может быть признана недействительной только на основании того, что при ее совершении лицо (например, директор общества с ограниченной ответственностью) действовало недобросовестно.

Кроме того, специально отмечено, что если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

При этом в доктрине гражданского права нет единого понимания добросовестности. Приведем только два мнения:

«Добросовестность предполагает соблюдение правовых предписаний, честность и заинтересованность в положительном развитии организации»¹.

¹ Комментарий к Федеральному закону «Об обществах с ограниченной ответственностью» / под ред. М.Ю. Тихомирова. 3-е изд., доп. и перераб. М., 2004. С. 225–226.

Добросовестность и разумность руководителя состоят, во-первых, в «соблюдении норм, регламентирующих деятельность самого акционерного общества»; во-вторых, «добросовестный и разумный руководитель обязан соблюдать и те правила, которые установлены законом для него самого, надлежащим образом выполняя обязанности, возложенные на него законом»¹.

Равно как нет единства и в нормативных актах. Так, например, в ст. 53 ГК РФ установлено: «Лицо, которое в силу закона или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно».

Аналогичные нормы содержатся и в специальном законодательстве, посвященном отдельным видам юридических лиц. Здесь добросовестность — это критерий оценки деятельности субъектов гражданского права, того, как исполнительный орган или иной субъект действуют, работают в интересах юридического лица. «Тщательно», «старательно», возможно, такие термины здесь также применимы. Оценке подлежат в большей мере сами действия, но не субъективное отношение лица к таким действиям.

С другой стороны, добросовестность приобретателя имущества в конструкции виндикационного иска оценивается на основе его знания об основаниях приобретения (отчуждения) истребуемого имущества, поскольку сказано: «...имущество возмездно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать (добросовестный приобретатель)». И здесь уже добросовестность ближе к понятию «вина», поскольку необходимо оценивать субъективное отношение приобретателя к происходящему (произошедшему).

Таким образом, в понятие «добросовестность» вкладывается несколько различающийся смысл, что само по себе может привести к ситуации правовой неопределенности. Возникает ощущение, что добросовестность может быть использована и в том случае, когда в отсутствие конкретной нормы права, регламентирующей ту или иную ситуацию, необходимо будет принимать решение. Насколько добросовестность будет часто и правильно использоваться в качестве правовой «палочки-выручалочки», покажет время.

М.С. Маслов,

ведущий юрисконсульт,

ОГКУ «Государственное юридическое бюро Ульяновской области»

Некоторые особенности возникновения гражданских прав и обязанностей на основании судебного решения: взгляды Г.Ф. Шершеневича и современность

Современная действительность задает сверхбыстрые темпы существования и развития общества. И порой не всегда правовая сфера жизни социума успевает за его развитием. Причем проблема эта не теряет своей актуальности на протяжении долгих лет и многие из поставленных ранее вопросов не могут найти сво-

¹ *Маковская А.А.* Основание и размер ответственности руководителей акционерного общества за причиненные обществу убытки // Убытки и практика их возмещения: сб. ст. М., 2006. С. 360.

его разрешения и по настоящее время. В частности, не оставил эту проблему без внимания и Г.Ф. Шершеневич, говоря о следующем: «Общественная жизнь создает массу самых разнообразных конкретных отношений, которыми связаны отдельные члены общества и с которыми поэтому приходится иметь дело суду. Совокупность конкретных юридических отношений составляет правовой быт народа. Отделяя в повторяющихся юридических отношениях наиболее общие признаки и оставляя в стороне конкретные отношения, мы получим типичные юридические отношения, с которыми имеют дело законодатель и наука».

Данное утверждение характерно и для нашей современности. Правотворческая роль суда выходит на первый план, поскольку действующая процедура принятия нормативных правовых актов не способна справиться с всевозрастающим давлением стремительно развивающейся юридической реальности. Говоря языком профессора Г.Ф. Шершеневича, правовой быт опережает правовое моделирование, проводимое законодателем. В такой ситуации судебное решение, признаваемое отечественным законодателем в качестве юридического факта, зачастую является не только инструментом приведения в соответствие с законом правовых отношений, закрепляя за их сторонами определенные законодателем права и обязанности. Судебный орган подчас сам и определяет такие права и обязанности, возвышая значение своего решения в частном праве России, как бы противоречиво это ни звучало. «Одной из особенностей российского гражданского судопроизводства является особая роль судебной практики в правоприменительной деятельности. Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, любое судебное решение может иметь двойное значение: «...оно разрешает тот конкретный случай, который вызвал судебную деятельность, и оно может стать правилом разрешения подобных случаев на будущее время». То есть гражданские права и обязанности, закрепленные судом однажды, могут вновь проявиться в будущем при возникновении схожей юридической ситуации и это уже становится моделью поведения суда при принятии решения, что в известной степени предполагает стабильность процесса судебного формирования содержательной стороны правоотношения, о чем также говорил Г.Ф. Шершеневич: «...многое, высказанное судом в решении, послужит указанием на будущее время и заставит приспосабливаться к вероятному решению. Это предположение, что суд останется верным высказанному им в решении взгляду, составляет консервативный момент в правосудии, а вместе с тем вносит устойчивость в правовой порядок».

Естественно, как и у любого явления, у судебного прецедента есть поклонники и противники. «Судебное право опережает в своем развитии законодательный процесс. Оно более подвижно и поэтому оперативнее учитывает изменяющуюся правовую действительность. Судье при рассмотрении конкретных дел зачастую приходится разрешать возникающие в правовой действительности казусы, которые законодатель не всегда успевает урегулировать». Если развивать данное суждение, то суд, разрешая конкретное дело, должен завершить его закреплением определенной системы прав и обязанностей, определить, кто прав и кто виноват в рассматриваемой ситуации. Однако далеко не все ученые разделяют эти взгляды.

Встречаются ярко выраженные негативные позиции по вопросу судьбы судебного прецедента в России и, следовательно, возможности создания судами пра-

вил поведения (правовых норм, из которых черпаются гражданские права и обязанности) участников отношений в сфере имущественного оборота. К примеру, Е.Е. Жеребцова указывает: «...не лишена оригинальности позиция Т.Г. Морщаковой, считающей, что в России нет прецедентного права и даже правовые позиции Конституционного Суда РФ являются всего лишь особым видом преюдиции (решениями преюдиционного характера)...» В свою очередь В.М. Сырых утверждает более категорично: «В Российской Федерации, равно как и в Германии, Франции и других странах континентальной Европы, судебный прецедент в качестве источника права не применяется». Можно согласиться с мнением данных авторов в части отсутствия явного указания на то, что судебная практика — источник права в отечественной правовой системе. Но в практике наличествуют ситуации, говорящие об обратном.

Комментируя практику Верховного Суда РФ, Д.А. Формакидов, рассматривая особенности правового положения граждан, отказавшихся от участия в приватизации занимаемых ими жилых помещений по договору социального найма, прямо указал на факт создания правовой нормы Верховным Судом РФ со всеми вытекающими из этого последствиями в виде гражданских прав и обязанностей: «Верховный Суд Российской Федерации распространил действие ст. 19 Федерального закона «О введении в действие ЖК РФ» также на случаи перехода права собственности на жилое помещение к третьим лицам: «Если бывший член семьи собственника на момент приватизации имел равные права с лицом, которое впоследствии приобрело в собственность данное жилое помещение, но отказался от приватизации, дав согласие на приватизацию иному лицу, то при переходе права собственности на жилое помещение к другому лицу он не может быть выселен из этого жилого помещения, поскольку имеет право пользования данным жилым помещением. При этом необходимо исходить из того, что право пользования носит бессрочный характер»... Считаем, что в данном случае Верховный Суд, по сути, создал новую правовую норму, произвольно распространив действие ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» и на случаи, предусмотренные ч. 2 ст. 292 ГК РФ, что является, по нашему мнению, недопустимым. Законодатель, имея желание сохранять за указанными лицами право пользования отчуждаемым жилым помещением, должен был предусмотреть это непосредственно в ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации»». Автор говорит о том, что обязанность по предупреждению таких неоднозначных ситуаций целиком лежит на законодателе, но здесь мы опять же наблюдаем инертность правотворцев и обратную ей оперативность судебных органов. Г.Ф. Шершеневич по этому поводу пояснял: «Судебное решение, в качестве прецедента, может проявиться 1) или в разъяснении смысла уже данной нормы, то, что англичане называют *declaratory precedent*, или 2) в создании новой нормы при молчании закона или обычая, то, что англичане называют *original precedent*». Здесь мы видим сочетание обоих случаев — Верховный Суд распространил действие нормы ст. 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» на случай, прямо ею не регулируемый, т.е. осуществил новое толкование данной нормы и в то же время, по мнению Д.А. Формакидова, создал новую норму.

С.Ю. Морозов,

д.ю.н., доцент,

зав. кафедрой гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Конвергенция частного и публичного права во взглядах Г.Ф. Шершеневича

В настоящее время активно исследуются вопросы конвергенции частного и публичного права, под которой в самом общем виде понимается процесс сближения этих двух подсистем. В одной из последних докторских диссертаций, посвященных юридической конвергенции, дается следующее определение: «Юридическая конвергенция — это процесс взаимодействия элементов внутри системы права, права и иных регуляторов отношений в обществе, а также правовых систем различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между элементами сближающихся объектов и определенной степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения» (просьба указать источник цитаты).

Вместе с тем данная тема не является новой, и проблемы соотношения частного и публичного права мы находим в трудах Г.Ф. Шершеневича. Причем и сам Г.Ф. Шершеневич указывал, что, несмотря на повседневность деления права на гражданское и публичное, с позиций научной стороны до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным правом. Автор отмечает, что уже к тому времени не было недостатка в попытках установить эту пограничную линию, но, к сожалению, попытки эти далеко не безупречны.

Сам ученый считал, что необходим научный подход к решению данной проблемы. При этом он писал: «Чего мы хотим достичь делением права на публичное и частное? Это деление есть факт, и научная задача состоит в том, чтобы описать этот факт и объяснить его».

Действительно, проблема конвергенции частного и публичного права отнюдь не является новой. Принято считать, что понятия частного и публичного права являются заслугой римского права. По мнению Г.Ф. Шершеневича, «наибольшую популярность приобрела формулировка, которую придал материальной точке зрения римский юрист Ульпиан: «публичное право есть то, которое относится к положению государства (*ad statum rei publicae*), частное — которое относится к пользе отдельных лиц» (*ad singulorum utilitatem*)». Вместе с тем, справедливо полагая, что деление права на частное и публичное является объективной реальностью, Г.Ф. Шершеневич утверждал: «Различие частного и публичного права возникло впервые не у римлян, а является исторической необходимостью... В так называемое доисторическое время подобного различия не могло существовать, только возникновение и развитие общественности могло установить подобное противопоставление частного интереса общему».

Говоря о пределах вмешательства государства в частные дела, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «государственная власть должна быть сильнее всякой другой в обществе. Но когда она становится сильнее самого общества — это уже опасная гипертрофия».

Граница между частным и публичным правом, по обоснованному мнению Г.Ф. Шершеневича, не может быть безусловно точной. «На рубеже всегда останется полоса отношений, которая будет вызывать сомнение, куда их поместить». Подобная точка зрения находит отражение и в трудах современных ученых. Так, в последней монографии Н.М. Коршунова отмечается: «В процессе конвергенции как частное, так и публичное право не растворяются друг в друге, не образуют нового правового феномена, а сохраняют свою сущность, отраслевые специфические особенности и системные признаки, которые находят отражение в структурных элементах соответствующих методов правового регулирования, получающих нормативное закрепление в принципах, нормах и институтах комплексных нормативных правовых актов». Как видим, позиции авторов весьма сходны.

Заслугой Г.Ф. Шершеневича является также то, что он рассматривал соотношение частного и публичного права не только в целом, но и применительно ко всем элементам названных подсистем, а также к отдельным сферам правового регулирования. Данное утверждение относится, например, к характеристике торгового права. Е.А. Суханов, В.С. Ем и Н.В. Козлова справедливо считают весьма глубокой мысль Г.Ф. Шершеневича о необходимости различия публичного и частного торгового права.

Выдающийся ученый не обошел стороной и правовое регулирование транспортных отношений. Г.Ф. Шершеневич, отмечал: «Мы наблюдаем в настоящем случае передвижение гражданского права в сторону публичного... транспорт стоит на рубеже этих двух сфер права и потому проникнут началами того и другого». Г.Ф. Шершеневич также отмечал, что государство превращает фактическую монополию железнодорожного сообщения в юридическую и «вместе с тем значительно ослабляет частноправовой характер железнодорожных операций». Таким образом, государство вводит ряд юридических особенностей в договор перевозки. Данное обстоятельство автор пояснил в другой своей работе. Он полагал, что делается это потому, что в противном случае не достигалась бы цель – поддержать слабейшего из двух контрагентов. «Здесь именно и обнаруживается в последнее время сильное продвижение права из частной области в публичную». Безусловно, данные высказывания следует соотносить с той эпохой, когда они были сделаны. Для того периода времени действительно были актуальными следующие слова автора: «Несомненно, что дальнейшее развитие права будет все более стирать резкие границы между публичным и частным правом и укреплять нормы публичного права в области, где до сих пор господствовал частный интерес». Применительно к современным реалиям наблюдается обратная картина.

Говоря о вмешательстве закона в договор морской перевозки, Г.Ф. Шершеневич указывал: «С точки зрения нашего права, не может быть сомнения, что в области морского транспорта начала обязательности не существует. Оно нигде не установлено законом, и из того, что закон счел нужным установить его для железнодорожной перевозки для товарных складов следует, что без прямого постановления начала обязательности само собою не предполагается».

Рамки настоящей статьи, к сожалению, не позволяют произвести более подробный анализ взглядов Г.Ф. Шершеневича по вопросам соотношения частного и публичного права, поскольку оставленное автором научное наследие достаточно велико. Поэтому в большей степени мы старались тезисно описать его взгляды

на вопросы конвергенции двух обозначенных правовых явлений. Но даже такой поверхностный взгляд позволяет сделать вывод о том великом вкладе, который Г.Ф. Шершеневич сделал в развитие правовой науки, в том числе и по обозначенной проблеме.

Д.В. Носов,

к.ю.н., ст. преподаватель кафедры гражданского права,
Пермский государственный национальный исследовательский университет

Изменение гражданского правоотношения как предпосылка к правопреемству в гражданском праве

Категория «правоотношение» является одной из ключевых в юриспруденции. Вместе с тем понятие правоотношения до сих пор остается одним из самых сложных как в юридической науке в целом, так и в науке гражданского права. Многие вопросы теории правоотношений до сих пор считаются не в полной мере изученными. В частности, практически не рассматриваются отдельные актуальные проблемы динамики правоотношений, результатом которой может стать изменение круга их субъектов. По нашему мнению, изменение круга субъектов в правоотношении является предпосылкой к переходу гражданских прав и обязанностей, а значит, и предпосылкой или основанием правопреемства.

В литературе отмечается, что специфика правовой категории «правопреемство» определяется прежде всего тем, что сам термин «правопреемство» достаточно широко употребляется в отечественной юридической литературе при освещении различных институтов не только гражданского, но и других отраслей права — конституционного (государственного), административного, финансового, а также международного¹. Многие ученые считают, что на сегодняшний день остаются еще не решенные проблемы в изучении явления правопреемства. Так, по мнению К. Скловского, «теория правопреемства только начинает складываться, и пока приходится больше говорить о существующих проблемах, чем об их решении»². Профессор С.А. Авакьян указывает на проблемы, возникающие при исследовании правопреемства в конституционном праве, заключающиеся в том, что до сих пор не выработано не только конституционно-правового содержания правопреемства, но и его общего понимания³. В юридической доктрине отмечается, что в настоящее время теоретическая и практическая ценность понятия правопреемства снова получает признание в отечественной цивилистике после длительного периода критики. Это обусловлено тем, что понятие правопреемства отражает юриди-

¹ Крылова Ю.А. Проблемы правопреемства при реорганизации юридических лиц // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. Вып. 2. Пермь, 2009. С. 103.

² Скловский К. Правомочие и полномочие в механизме возникновения гражданских прав // Хозяйство и право. 2004. № 11. С. 99.

³ Журнал конституционного правосудия. 2009. № 3.

ческий механизм упорядочения отношений имущественных благ на «клеточном уровне» — на уровне перераспределения таких благ между отдельными участниками оборота — правообладателем и правоприобретателем¹.

Существующее на сегодняшний день понятие правопреемства, даваемое через переход права и обязанностей², является недостаточно эффективным. Как думается, более эффективным может стать формулирование понятия правопреемства через категорию «изменение правоотношения». Представляется, что в явлении правопреемства главное то, что на основании определенных юридических фактов происходит замена субъекта в правоотношении с одновременным переходом прав и обязанностей к вновь вступившему в правоотношение субъекту. Отсутствие должного внимания к факту замены субъекта в правоотношении породило споры о сущности правопреемства. В связи с этим можно согласиться с высказанным в литературе мнением о том, что переход права и преемство в правах рассматриваются законодателем как взаимозаменяемые категории, означающие замену лица в правоотношении³.

О возможности изменения гражданского правоотношения и о механизмах такого изменения в юридической литературе написано немного. Так, в свое время Г.Ф. Шершеневич указывал, что изменение юридического отношения в его субъектах не есть прекращение одного и возникновение другого отношения, а только изменение существующего отношения⁴. По мнению Е.М. Денисевича, «изменение правоотношения является промежуточной и необязательной стадией его существования. Такое изменение возможно в двух направлениях — по линии субъектов и по линии его содержания»⁵. Такой позиции придерживаются многие исследователи правоотношений⁶.

В работах как по теории права, так и по теории гражданского права чаще всего лишь констатируется, что правоотношение может возникать, изменяться и прекращаться. На сегодняшний день можно говорить о том, что в юридической науке сложились четыре различные концепции изменения правоотношений, которые основаны на том, какой элемент правоотношения может изменяться⁷. Доминирующей и наиболее обоснованной, по нашему мнению, является концепция о том, что из-

¹ См.: *Мирошникова М.А.* Сингулярное правопреемство в авторских правах. СПб., 2005. С. 9.

² См.: *Черепяхин Б.Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 7.

³ См.: *Васильев Г.С.* Преемство в праве собственности как разновидность сингулярного правопреемства // Правоведение. 2006. № 6. С. 52.

⁴ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Рига, 1924. С. 668.

⁵ *Денисевич Е.М.* Односторонние сделки в гражданском праве Российской Федерации: понятие, виды и значение: дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2004. С. 110.

⁶ См., например: *Алексеев С.С.* Проблемы теории права: курс лекций. В 2 т. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 346; *Гонгало Б.М.* Основания изменения жилищных правоотношений: дис. ... к.ю.н. Свердловск, 1984. С. 49; *Он же.* Юридические факты в наследственном праве России и Франции: сравнительно-правовое исследование. М., 2010. С. 194–200; *Рожкова М.А.* Судебный акт и динамика обязательства. М., 2003. С. 79; *Черепяхин Б.Б.* Указ. соч. С. 6.

⁷ Во-первых, возможность изменения правоотношений отрицается (В.А. Белов, С.Б. Култышев). Во-вторых, изменение правоотношения заключается в изменении элементов, его образующих (Д.Н. Кархалев, М.А. Юртаева-Ривель). В-третьих, изменение правоотношения происходит только при изменении его содержания (Ю.Г. Басин). В-четвертых, изменение правоотношения может происходить как по его содержанию, так и (или) по его субъектам (С.С. Алексеев, Б.М. Гонгало, М.А. Рожкова, Б.Б. Черепяхин и др.).

менение любого правоотношения возможно как по линии субъектов правоотношения, так и по линии его содержания. При изменении одного лишь содержания правоотношения происходит изменение субъективных прав и юридических обязанностей субъектов каждого конкретного правоотношения (например, меняется место, время, сроки исполнения и др.), при изменении же субъекта в форме его замены возникает явление, которое в цивилистике получило название «правопреемство».

Существует и еще одна точка зрения на изменение правоотношений, которая заключается в поиске объективного критерия, на основании которого можно отделить изменение правоотношения от его прекращения. Такой критерий предлагает профессор В.Б. Исаков. По его мнению, изменение двух элементов правоотношения (субъекта и объекта, объекта и содержания) столь значительно, что по общему правилу влечет прекращение прежнего правоотношения и возникновение нового. Модификация одного из элементов лишь изменяет правоотношение. Исключением является изменение субъектов правоотношения, при котором (даже при сохранении в неизменности остальных элементов) ранее существовавшее правоотношение чаще всего прекращается¹.

Обратим внимание на то, что В.Б. Исаков допускает изменение правоотношения при изменении его субъекта, указывая, что прекращение правоотношения в этом случае происходит «чаще всего». И далее В.Б. Исаков пишет: «Изменение даже двух элементов связи (и среди них субъекта) не всегда является прекращением правоотношения»². Следовательно, существуют ситуации, при которых правоотношения при смене их субъекта не прекращаются и продолжают существовать в измененном виде.

Необходимо также иметь в виду, что изменение одного из элементов правоотношения нередко влечет изменение другого его элемента, и с учетом этого концепция В.Б. Исакова, по мнению профессора Б.М. Гонгало, теряет свою четкость, превращаясь «в нечто расплывчатое»³. Считаем, что целесообразно согласиться с Б.М. Гонгало, так как в любом случае всякое изменение правоотношения влечет за собой изменение сущности связи в правоотношении.

При этом следует учитывать тот факт, что при изменении субъекта (путем замены на другого субъекта) всегда происходит изменение правоотношения, а именно — переход прав и (или) обязанностей (содержания правоотношения) от правоудателя («старого» субъекта правоотношения) к правопреемнику («новому» субъекту правоотношения). Лишь в отдельных случаях, прямо установленных законом, например в соответствии со ст. 383 ГК РФ, либо же в правоотношениях по уплате алиментов в семейном праве изменение субъекта невозможно, так как некоторые правоотношения неразрывно связаны с личностью их субъекта и, соответственно, такие правоотношения не могут изменяться путем замены субъекта.

Таким образом, изучение теории гражданских правоотношений позволило прийти к выводу о том, что предпосылкой (основанием) для правопреемства в гражданском правоотношении должно являться изменение субъекта в правоотноше-

¹ Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. Саратов, 1980. С. 110–111; Он же. Юридические факты в советском праве. М., 1984. С. 66.

² Исаков В.Б. Фактический состав в механизме правового регулирования. С. 111.

³ Гонгало Б.М. Изменение жилищного обязательства // Актуальные проблемы жилищного права: сборник памяти П.И. Седугина. М., 2003. С. 27.

нии. Поэтому основой для формулирования понятия правопреемства в гражданском праве должно быть описание этого явления именно через понятие «изменение правоотношения», а не через понятие «перехода права».

В связи с указанным представляется верным сформулировать понятие правопреемства следующим образом. Правопреемство — свойство правоотношений, представляющее собой не связанное с личностью субъекта правоотношения и не запрещенное законодательством *изменение субъектного состава правоотношения*, при котором в порядке производного приобретения субъективных прав и (или) юридических обязанностей происходит их переход от одного лица (правопредшественника) к другому лицу (правопреемнику) в отношении одного и того же объекта правоотношения.

Изменение круга субъектов в правоотношении может происходить не только в рамках гражданского права, но и в иных отраслях права. Оно возможно в конституционном, муниципальном, административном, налоговом праве и в других отраслях публичного права; в отраслях процессуального права; в жилищном, семейном, трудовом и международном праве... Таким образом, проведенное исследование предпосылок правопреемства позволяет нам утверждать, что потенциал исследований явления правопреемства на сегодняшний день не исчерпан. Необходимо углублять теорию правопреемства и распространять полученные на ее основе выводы на межотраслевой уровень исследования юридической науки. Данная задача будет выполнима только лишь при использовании определения правопреемства через понятие «изменение правоотношения».

А.Я. Рыженков,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского и международного частного права,
Волгоградский государственный университет

Оценочные категории в земельном праве

Юридическая техника — «это система профессиональных юридических правил и средств, используемых при составлении правовых актов и осуществлении иной юридической деятельности в сферах правотворчества, правоинтерпретации, властной и невластной реализации права, обеспечивающих совершенство его формы и содержания»¹. Одним из приемов юридической техники является использование в законодательстве оценочных категорий, неоднозначно воспринимаемое как учеными, так и практиками. С одной стороны, наличие оценочных категорий позволяет судам или иным правоприменителям принимать более обоснованные решения, максимально учитывать все обстоятельства дела. Ведь сделать систему права казуистичной, способной отразить все многообразие жизненных ситуаций, объективно невозможно.

С другой стороны, большое количество оценочных категорий создает почву для коррупции. Типичным примером таких неоднозначных подходов одно время яв-

¹ Давыдова М.Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники: дис. ... д.ю.н. Волгоград, 2010. С. 12.

лялся, например, п. 2.2.11 Положения о предоставлении земельных участков для строительства в Волгограде, утвержденного Постановлением администрации Волгограда от 11 июня 2004 г. № 790. Он предусматривал, что в случае поступления двух и более обращений о выборе земельного участка и предварительном согласовании места размещения объекта на одной и той же территории, в отношении которой до этого момента какие-либо решения не принимались, администрация Волгограда самостоятельно определяет лицо, которому будет предварительно согласовано место размещения объекта капитального строительства, исходя из следующих критериев: градостроительная ценность и социальная значимость предполагаемого к строительству объекта; его соответствие архитектурному контексту и сложившейся градостроительной ситуации, перспектива развития территории.

Между тем отсутствие прозрачных и публичных критериев выбора претендентов при наличии расплывчатых критериев (как можно объективно оценить «градостроительную ценность» объекта?) являлось не чем иным, как созданием условий для роста коррупции в строительстве. Именно поэтому в 2010 г. данный пункт был признан утратившим силу.

Проблема оценочных категорий объективно важна для всех отраслей законодательства. Вместе с тем острота данного вопроса наиболее очевидна в случае с земельными участками и иными объектами недвижимости, имеющими высокую стоимость и объективно выступающими в качестве средств производства. Для того чтобы доктринально предложить возможные пути поиска баланса частного и публичного интереса в этом вопросе, необходимо обратиться к анализу сущности указанной категории и законодательства.

Появление оценочных категорий имеет долгую историю. Еще в законах Хаммурапи, XII таблиц, Институтах Гая широко использовались понятия «тяжкий грех, достойный лишения наследства», «бесхозяйственный гражданин», «известные трудности», «неудобные богу выборы», а также ряд других, определявшие меру долженствования или недопустимости поведения¹.

В современной юридической науке оценочные категории начали серьезно изучаться в рамках советской науки уголовного права в 50-е годы XX в. Сам термин «оценочные категории» ввел в научный оборот С.И. Вильнянский, понимая под таковыми понятия, которые «дают суду возможность свободной оценки фактов и учета индивидуальных особенностей конкретного случая при обязательном в то же время применении закона».²

Впоследствии «оценочные категории» стали исследоваться в рамках других отраслевых наук, а также теории права и государства. В рамках последней современными учеными под оценочными понятиями понимается «санкционированное нормой права либо возникающее в процессе правоотношений между субъектами общественное (всегда социально значимое) явление, имеющее целью наиболее общим способом характеризовать наиболее общие свойства разнообразных предметов, явлений, действий, процессов, умышленно не конкретизированное законодателем, либо непосредственно участниками правоотношений с целью предоставления бо-

¹ Запорожец А.М. «Мягкое право» как инструмент использования оценочных категорий // Новая правовая мысль. 2012. № 5. С. 7.

² Вильнянский С.И. Применение норм советского права // Ученые записки Харьков. юрид. ин-та. Вып. 7. Харьков, 1956. С. 14.

лее широких полномочий субъектам правоприменения путем свободной оценки в рамках конкретной правоприменительной ситуации, но в пределах и рамках, допускаемых правом, что дает в свою очередь субъекту, реализующему правовую норму, возможность учесть индивидуальные особенности дела с соблюдением функционального предназначения нормативного предписания»¹.

В отраслевых науках, и в частности в гражданском и земельном праве, оценочными категориям «разумность», «справедливость», «заботливость», «добросовестность», «эффективность» и т.д. посвящены труды А.П. Анисимова, Е.В. Василенко, М.Ф. Лукьяненко, С.А. Чаркина, А.Ю. Чикильдиной и др.²

Оценочные категории в российском праве можно классифицировать (хотя и довольно условно) в две категории. Во-первых, это отраслевые оценочные конструкции (например, необходимая оборона в уголовном праве).

Во-вторых, это оценочные категории, используемые в двух и более отраслях права. Некоторые из них достаточно подробно разработаны в рамках одной отрасли права (например, гражданского или уголовного права) и заимствуются в другие отрасли в их сложившемся понимании. Примером таких заимствований в земельном праве (из гражданского права) является п. 1 ст. 24 Федерального закона от 15 апреля 1998 г. «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан», согласно которому председатель правления садоводческого, огороднического или дачного некоммерческого объединения и члены его правления должны «осуществлять свои права и исполнять установленные обязанности *добросовестно и разумно*».

Аналогичным образом глава фермерского хозяйства должен действовать в интересах представляемого им фермерского хозяйства *добросовестно и разумно* и не вправе совершать действия, ущемляющие права и законные интересы фермерского хозяйства и его членов (п. 2 ст. 16 Федерального закона от 11 июня 2003 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»).

Другие оценочные категории (эффективность) не имеют единого доктринального и правоприменительного понимания, но также используются в нескольких отраслях права. Например, Градостроительный кодекс РФ (ст. 30) упоминает предоставление «возможности выбора *наиболее эффективных* видов разрешенного использования земельных участков и объектов капитального строительства» или случаи, когда «в результате применения правил землепользования и застройки земельные участки и объекты капитального строительства *не используются эффективно*» (ст. 33). В Лесном кодексе РФ есть оценка «*эффективности* мероприятий по охране, защите, воспроизводству лесов» (ст. 90); в Водном кодексе РФ упоминаются «*оценки эффективности* осуществляемых мероприятий по охране водных объектов» (ст. 30) и т.д.

¹ Фетисов О.Е. Оценочные понятия в праве: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... к.ю.н. Тамбов, 2009. С. 8–9.

² Анисимов А.П. Проблема приобретения права собственности на земельный участок в силу приобретательной давности в свете нового земельного законодательства // Юрист. 2002. № 12. С. 2–4; Василенко Е.В. Категории «добросовестность» и «разумность» в гражданском праве: вопросы соотношения: автореф. дис. ... к.ю.н. Краснодар, 2012; Лукьяненко М.Ф. Виды оценочных понятий гражданского права и их классификация // Вестник Тюмен. гос. ун-та. 2008. № 2. С. 104–109; Чаркин С.А. Земельные правоотношения как межотраслевая правовая категория. М., 2012. С. 149–150; Чикильдина А.Ю. К вопросу о повышении эффективности норм земельного законодательства // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2009. № 2. С. 72–77.

Восприятие оценочных категорий в земельно-правовой науке не всегда однозначно. Одним из таких дискуссионных вопросов является смешение оценочных понятий и правовых категорий, не уточненных специальной нормой-дефиницией. Так, О.О. Ильгова выделяет в качестве проблемы то, что «нормы действующего земельного законодательства оперируют оценочными понятиями: «заинтересованное лицо», «правообладатель», «ненадлежащее лицо»»¹. Отчасти с такими замечаниями следует согласиться. Вместе с тем упоминание здесь категории «правообладатель» не совсем удачно. Действительно, в земельном, гражданском и градостроительном законодательстве нет соответствующего определения, однако «правообладатель» — это вполне однозначный термин. В данном случае нет признаков оценочной категории, т.е. законодатель не делегирует правоприменителю возможность принятия решения исходя из оценки моральных качеств субъекта, его действий и т.д. При этом из контекста Градостроительного кодекса РФ совершенно ясно, что речь здесь идет о родовой категории, т.е. о совокупности лиц, владеющих на любом законном титуле земельным участком и объектом недвижимости.

В теории государства и права проводятся различия между учредительными нормами (нормами-принципами, нормами-дефинициями) и нормами-правилами, регулирующими поведение людей². Исходя из этого общераспространенного подхода, в земельном праве оценочные категории могут упоминаться, во-первых, на уровне основных (отраслевых) начал (принципов) земельного законодательства; во-вторых, на уровне внутриотраслевых принципов; в-третьих, предусматриваться стандартными земельными нормами-правилами, которые могут быть как регулятивными, так и охранительными.

Типичным упоминанием оценочных категорий на уровне принципов является предусмотренное ст. 1 ЗК РФ право граждан и их объединений «принимать участие в подготовке решений, реализация которых *может оказать воздействие* на состояние земель при их использовании и охране». Оценочный характер данному принципу придает отсутствие упоминаний на всякие критерии оценки и характера таких воздействий, требующих привлечение общественности. Поэтому данный принцип на практике и слабо реализован.

При этом следует подчеркнуть, что далеко не все отраслевые принципы земельного законодательства носят оценочный характер. Типичным примером другого нормативного подхода является предусмотренный все той же ст. 1 ЗК РФ принцип единства судьбы земельных участков и прочно связанных с ними объектов, согласно которому все прочно связанные с земельными участками объекты следуют судьбе земельных участков.

На уровне внутриотраслевых принципов земельного права выделяется ст. 34 ЗК РФ, согласно которой органы государственной власти и органы местного самоуправления обязаны обеспечить управление и распоряжение земельными участками, которые находятся в их собственности и(или) в ведении, на принципах эф-

¹ Ильгова О.О. Прокурорский надзор за соблюдением законодательства в сфере перевода земель из одной категории в другую // Актуальные проблемы защиты права собственности в России и странах СНГ: материалы Межрегиональной науч. конф. молодых ученых и студентов, Волгоград, 29 марта 2013 г. / Волгогр. ин-т бизнеса. Волгоград, 2013. С. 225.

² Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 1997. С. 314–315.

фективности, справедливости, публичности, открытости и прозрачности процедур предоставления таких земельных участков.

Среди регулятивных норм (норм-правил) земельного права оценочные категории могут быть посвящены вопросам как использования, так и охраны земель. Примером последних является упоминание в ст. 12 ЗК РФ обязанности использования земель *способами, обеспечивающими сохранение экологических систем*, способности земли быть средством производства в сельском хозяйстве и лесном хозяйстве, основой осуществления хозяйственной и иных видов деятельности. И если в отношении объективных критериев *состояния земель* Правительством РФ утверждены необходимые методики, то в отношении *способов* использования земель четкости и прозрачности меньше.

По вопросам использования земель оценочные категории в основном сосредоточены в рамках процедур предоставления земельных участков и их оборота. Так, проведение торгов (конкурсов, аукционов) по продаже земельного участка или продаже права на заключение договора его аренды, или предоставление земельного участка в аренду без проведения торгов (аукционов, конкурсов) производится на основании заявления гражданина или юридического лица, *заинтересованных в предоставлении* земельного участка. Передача земельных участков в аренду без проведения торгов (конкурсов, аукционов) допускается при условии *предварительной и заблаговременной публикации* сообщения о наличии предлагаемых для такой передачи земельных участков в случае, если имеется только одна заявка (п. 4 ст. 30 ЗК РФ).

Эту же оценочную категорию субъекта («заинтересованные лица») мы встречаем в п. 9 ст. 31 ЗК РФ, согласно которому решение о предварительном согласовании места размещения объекта или об отказе в размещении объекта может быть обжаловано *заинтересованными лицами* в суд. В ст. 47 ЗК РФ мы встречаем еще одну оценочную характеристику субъекта: право на служебный надел сохраняется за нетрудоспособным супругом и *престарелыми родителями* работника. Об их пенсионном возрасте ничего не сказано.

В отношении объекта права — земельного участка законодатель также часто использует рассматриваемый прием юридической техники. Так, согласно п. 1 ст. 35 ЗК РФ при переходе права собственности на здание, строение, сооружение, находящиеся на чужом земельном участке, к другому лицу оно приобретает право на использование *соответствующей части* участка, занятой зданием, строением, сооружением и необходимой для их использования, на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний их собственник.

Аналогичным образом ст. 36 ЗК РФ закрепляет, что местоположение границ земельного участка и его площадь определяются с учетом *фактического землепользования* в соответствии с требованиями законодательства.

В ст. 86 ЗК РФ указано, что в состав пригородных зон могут включаться земли, находящиеся за границами населенных пунктов, *составляющие с городом единую социальную, природную и хозяйственную территорию* и не входящие в состав земель иных поселений. При этом как определить наличие такого «единения» и каковы его последствия, из ЗК РФ совершенно не ясно.

Однако наибольшая часть оценочных категорий в земельном праве используется для определения содержания прав и обязанностей граждан, юридических лиц, органов государственной власти и местного самоуправления.

Речь здесь может идти о самых разных жизненных ситуациях, разрешение которых законодатель оставил на усмотрение тех или иных субъектов земельного права. В качестве примера выделим оценочные категории «необходимость», «заблаговременность» и «законность интересов».

Так, согласно ст. 93 ЗК РФ исполнительные органы государственной власти и органы местного самоуправления должны принимать *необходимые меры* по предоставлению земельных участков для *удовлетворения потребностей населения* в развитии садоводства, огородничества, сельскохозяйственного производства, жилищного и дачного строительства за пределами закрытого административно-территориального образования.

Оценочная категория «необходимость» используется также в ст. 31 ЗК РФ, упоминающей «необходимые расчеты», которые должны прилагаться к заявлению о предоставлении земельного участка, а также «*необходимую информацию*» о разрешенном использовании земельных участков. Данный подход к субъективной оценке информации в ЗК РФ весьма распространен. Так, «*общедоступность*» сведений о наличии земель в фонде перераспределения упоминает ст. 80 ЗК РФ. В подп. 3, 4 ст. 31 мы встречаем еще одну интересную оценочную категорию, не имеющую официального толкования — «*законные интересы*» граждан и юридических лиц, которые могут быть нарушены предоставлением участка и последующим строительством на нем объектов.

Отсутствие доступа к информации о предстоящем предоставлении земельного участка часто влечет признание акта о его предоставлении либо договора аренды недействительным. Как отмечалось в одном из судебных решений, «содержащаяся в сообщениях информация не может быть воспринята, как ориентированное на неопределенный круг лиц предложение о приобретении свободных земельных участков в аренду. Рассматриваемые уведомления о предоставлении конкретных земельных участков в аренду обществу с ограниченной ответственностью «АПК Мильстрим — Черноморские вина» не способствуют получению наибольшего числа заявок, проведению торгов с участием всех заинтересованных в аренде земли лиц, что препятствует достижению максимальной эффективности сдачи имущества в аренду»¹.

Отдельно стоит отметить оценочную категорию «время». Так, в ст. 34 ЗК РФ на орган местного самоуправления возлагается обязанность обеспечить подготовку информации о земельных участках, которые предоставляются гражданам и юридическим лицам на определенном праве и предусмотренных условиях, и *заблаговременную публикацию такой информации*. Согласно ст. 42 ЗК РФ правообладатели земельных участков обязаны *своевременно* приступать к их использованию в случаях, если сроки освоения участков предусмотрены договорами, *своевременно* производить платежи за землю. В ст. 47 ЗК РФ оговаривается, что работник, прекративший трудовые отношения с организацией, предоставившей служебный надел, имеет право использовать этот служебный надел после прекращения трудовых отношений в течение *срока, необходимого для окончания сельскохозяйственных работ*.

При регулировании вопросов оборота земель законодатель также использует оценочные категории. Так, согласно ст. 37 ЗК РФ, покупатель вправе требовать расторжения договора в случае предоставления ему продавцом *заведомо ложной информации*

¹ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11 марта 2011 г. по делу № А32-8185/2010 // СПС «Гарант».

об обременениях земельного участка, об использовании соседних земельных участков, оказывающем *существенное воздействие* на использование и стоимость продаваемого земельного участка; о *качественных свойствах земли*, которые могут повлиять на планируемое покупателем использование и стоимость продаваемого земельного участка.

Большой блок оценочных категорий законодатель предусматривает для принудительного прекращения прав на земельные участки. В их числе следует упомянуть: временное изъятие у собственника его земельного участка уполномоченными исполнительными органами государственной власти *в целях защиты жизненно важных интересов граждан, общества и государства* от возникающих из-за чрезвычайных обстоятельств угроз (реквизиция, ст. 51 ЗК РФ); проведение принудительного отчуждения земельного участка для государственных или муниципальных нужд при условии *предварительного и равноценного возмещения* стоимости земельного участка (ст. 55); запрет на возмещение расходов, понесенных правообладателями земельных участков на осуществление их застройки и проведение других мероприятий, *существенно повышающих стоимость земли*, после уведомления об изъятии (ст. 63).

Содержание оценочных категорий в земельном праве в отдельных случаях может быть разъяснено подзаконными актами. Так, ст. 23 ЗК РФ предусматривает, что в случаях, если установление публичного сервитута приводит к *существенным затруднениям* в использовании земельного участка, его собственник вправе требовать от органа государственной власти или органа местного самоуправления, установивших публичный сервитут, соразмерную плату. Определение последней и методика ее расчета были определены в специальных методических рекомендациях, утвержденных Роскадастром¹.

Большую роль в толковании оценочных категорий играют руководящие разъяснения высших судебных инстанций. Однако не редки случаи, когда высшие судебные инстанции дают толкование одних оценочных категорий посредством использования других. Так, п. 5 ст. 22 ЗК РФ предусматривает право арендатора земельного участка передать свои права и обязанности по договору аренды земельного участка третьему лицу, без согласия собственника земельного участка, но при *условии его* уведомления. Форма, сроки уведомления и иные принципиально важные вопросы были оставлены на усмотрение правоприменителя. По итогам сложившейся судебной практики в постановлении Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства» (п. 16) было разъяснено, что уведомление о передаче арендатором земельного участка своих прав и обязанностей по договору третьему лицу должно быть направлено собственнику земельного участка *в разумный срок* после совершения соответствующей сделки с третьим лицом в письменной или иной форме, позволяющей арендатору располагать сведениями о получении уведомления адресатом. Таким образом, уточнив одну оценочную категорию (письменная форма), суд по-прежнему оставил на усмотрение правоприменителя не менее важный вопрос о *сроке* уведомления.

Высказанные соображения позволяют сделать следующие выводы:

1) оценочные категории в земельном праве — это основанные на правоприменительной практике общие законодательные требования к пониманию сущности

¹ Временные методические рекомендации по оценке соразмерной платы за сервитут, утв. Федеральной службой земельного кадастра 17 марта 2004 г. // СПС «Гарант».

конкретных земельно-правовых явлений и процессов, предоставляющие правоприменителю относительную свободу действий;

2) существует три уровня оценочных категорий в земельном праве: на уровне общих (отраслевых) принципов земельного права; на уровне внутриотраслевых принципов (ст. 34 ЗК РФ); на уровне предписаний отдельных правовых норм. С первым и вторым проявлением оценочных категорий в земельном праве нет никакого смысла бороться, в то время как содержание третьей разновидности оценочных категорий должно целенаправленно уточняться в подзаконных актах и разъяснениях высших судов;

3) оценочные категории в земельном праве предусматривают возможность для правоприменителя по конкретизации характеристик субъекта земельных отношений, их объекта, а также содержания прав и обязанностей. В рамках последнего направления оценочные понятия затрагивают категории «необходимость», «законные интересы», «время», «действие» и т.д.;

4) в земельном праве оценочные категории могут быть использованы при предоставлении земельных участков в собственность или аренду, установлении ограничений прав на землю, определении прав и обязанностей правообладателей земельных участков, определении режима доступа к информации, выкупе земельных участков для публичных нужд и т.д.;

5) правильность использования оценочных категорий, гарантированность от злоупотреблений правом во многом определяется уровнем правосознания правоприменителя и качеством контрольно-надзорной деятельности со стороны уполномоченных органов, оставляющих желать лучшего;

6) специфика использования оценочных понятий в земельном и гражданском праве состоит в том, что они могут располагаться не только в текстах нормативных актов, но и в договорах, например, аренды или купли-продажи земельных участков. В последнем случае толкование оценочных понятий могут осуществлять как стороны договора, так и суд;

7) оценочные категории в земельном праве могут быть классифицированы по количественному (заинтересованные лица, соответствующая часть) и качественному (существенное воздействие, необходимая информация) критериям.

В.Н. Соловьёв,

к.ю.н., зам. Председателя Верховного Суда РФ

Г.Ф. Шершеневич и развитие науки гражданского права в России

Безусловно, имя Г.Ф. Шершеневича, профессора Казанского, а затем и Московского университета, выдающегося русского цивилиста хорошо известно всем, кто знаком с историей и развитием гражданского права в России, кто не только занимается научными изысканиями в области цивилистики, но и применяет гражданское право на практике, реализуя их в конкретных жизненных ситуациях. Представляется, что взгляды уважаемого ученого на имевшее место состояние науки гражданского права в его время и ее последующее развитие, проблемы, возникаю-

щие в этой связи, авторское воззрение на пути их развития — не могут не заинтересовать и тех, кто только знакомится с цивилистикой, и тех ученых юристов, кто занимается ею профессионально.

Обладая завидным трудолюбием, неутомимостью в научном поиске, Г.Ф. Шершеневич оставил нам ряд своих трудов, не утративших ценности и значимости и в настоящее время («Система торговых действий», 1888 г., «Курс торгового права», 1888—1889 гг., 2 изд. 1892 г., «Учение о несостоятельности», 1890 г., «Авторское право на литературные произведения», 1891 г., «Наука гражданского права в России», 1893 г. и др.).

Конечно, следует оговориться, что на момент выхода в свет указанных трудов состояние науки гражданского права в России было таково, что не позволяло автору делать какие-либо фундаментальные выводы о закономерностях и направлениях ее развития. Вместе с тем многие суждения Г.Ф. Шершеневича не утратили своей ценности и в настоящее время, тем более что они были высказаны в условиях развития науки, экономики, общественного сознания во второй половине XIX в. в обстоятельствах, весьма схожих с процессами, происходящими в нашей стране в последние 15—20 лет. Сюда относятся, в частности, изменение политического строя, переход экономики на рыночные «рельсы», иные общественные ценности и многое другое, а также довольно бедственное положение науки.

Невольно соглашаешься с собственным признанием Г.Ф. Шершеневича: «... обзор состояния науки гражданского права в России со времени перенесения ее на русскую почву до последних дней сам собой говорит о том, каковы могли быть ее результаты для жизни. Не имея традиций, улавливая каждую новую мысль в готовности создать из нее целое направление, наука не смогла пустить глубоких корней в науку и в практику и определить себе путь, по которому должны идти дальнейшие исследования ученых»¹.

Отражая состояние науки гражданского права в указанный период, Г.Ф. Шершеневич не мог не обозначить пустот и пробелов в правовом регулировании определенных общественных отношений. Как никогда актуален и сделанный им в этой связи вывод: содействие практике разработкой важных для нее вопросов — такая задача научной юриспруденции. С болью и сожалением отмечается им то, что «русская наука не решилась самостоятельно пойти вглубь своеобразных юридических отношений, сложившихся в русской истории, а продолжала обращаться за указаниями к западной науке. Вооружившись теорией, выработанной западными учеными, и материалом, доставленным западными законодательствами, русские ученые приступали к русскому праву, подводя его постановления под заимствованные теорию и систему.

Само по себе это обстоятельство не может служить упреком, теория права всюду одна и данные, выработанные западной наукой, имеют несомненное значение и для России, но дело в том, что русские ученые не выходят из пределов вопросов, поставленных и исследованных на Западе, и вследствие того особенности юридического быта России остались без разработки»².

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 7.

² Там же. С. 158.

Обосновывая указанное утверждение, Г.Ф. Шершеневич ссылаясь на практически полное либо значительное отсутствие норм гражданского права, регулирующих земельные отношения, межевое право, особенности труда крестьянской семьи, отношений собственности и вещного права, проблемы владения по русскому праву. Сложившееся положение, по его мнению, крайне нетерпимо в стране, представляющей массу совершенно оригинальных юридических черт, которые особенно интересуют суды такой земледельческой страны, как Россия. Между тем практика не имеет возможности обращаться к науке за разрешением возникающих для нее в этой области вопросов¹.

Представляется обоснованным и совершенно справедливым утверждение Г.Ф. Шершеневича о том, что «право собственности составляет основу современного правового порядка и потому понятно, насколько важно было бы для практики иметь всестороннее исследование этого института, как со стороны его юридической конструкции, так и со стороны разновидностей, образовавшихся исторически на почве поземельных отношений в России»². Соглашаясь с данным суждением великого ученого и учитывая имевшую место историческую ситуацию в России во второй половине XIX в. и на рубеже XX в., следует признать, что в определенной мере оно справедливо и для настоящего времени.

Безусловно, наука гражданского права со времен Г.Ф. Шершеневича далеко ушла в своем развитии, нашли свое разрешение вопросы общей теории государства и права, понятийного аппарата, предмета, метода, принципов, функций права и др. Весьма значительная роль в этом принадлежит известным ученым: Т.Е. Абовой, Е.П. Азаровой, С.С. Алексееву, В.К. Андрееву, А.В. Венедиктову, Д.М. Генкину, В.П. Грибанову, С.П. Гришаевой, В.А. Дозорцеву, А.А. Иванову, О.С. Иоффе, Н.В. Козловой, С.М. Корнееву, О.Е. Кутафину, В.Д. Мазаеву, У. Маттеи, В.П. Мозолину, М.В. Немытиной, Д.В. Пяткову, В.А. Рыбакову, К.И. Скловскому, С.А. Сошне, Е.А. Суханову, В.А. Тархову, Ю.А. Тихомирову, Ю.К. Толстому, Р.О. Халфиной, В.Е. Чиркину, М.Ю. Чельшеву, Л.В. Щенниковой, В.Ф. Яковлеву и др. Совершенно понятно, что развитие науки гражданского права не могло не отразиться и на законодательстве.

Справедливости ради следует отметить, что труды профессора Г.Ф. Шершеневича, его взгляды и суждения стали впоследствии доктринальной основой многих современных отраслей права, нашли непосредственное отражение в развитии отечественной цивилистической мысли. По справедливому мнению А.Л. Маковского, последняя «в последние годы оказалась перед необходимостью пересмотра многих кардинальных положений своей доктрины, распространения ее на новые области отношений, поиска решений большого числа новых для нее и весьма непростых проблем»³.

Следует признать роль и значение Гражданского кодекса РФ 1994–1995–2001 гг., предопределившего, без преувеличения, дальнейшее развитие всего российского гражданского законодательства, являясь в то же время нормативным правовым актом новой России, страны, смело шагнувшей в новую для нее стихию рынка и де-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 159.

² См. там же. С. 160.

³ Маковский А.Л. Обращение к читателям // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 4.

мократии. Естественно, ГК РФ не возник на пустом месте, опираясь на достижения российской цивилистики за предшествующие полтора столетия, он воспринял и отразил опыт предыдущих российских кодификаций, а также передовой зарубежный опыт.

Вместе с тем наряду с успешным решением многих цивилистических задач Кодекс успел «постареть» и в настоящее время потребовал внесения в него значительных изменений и дополнений. Последнее вызвало потребность объединить свои усилия ученых цивилистов и практических работников с целью восполнения выявившихся недостатков, обосновав и воплотив в нормах права результаты своих творческих изысканий.

Безусловно, столь стремительное и кардинальное обновление гражданского законодательства не могло не повлечь «разрыва» между новыми законодательными актами и практикой их применения и сложившейся за многие годы прежней доктриной гражданского права.

Как справедливо отмечает профессор А.Л. Маковский, «из многих положений последней (о госпредприятиях, социалистической личной собственности, плановых обязательствах и др.) исчез законодательный фундамент, и одновременно в ней образовались зияющие проблемы там, где дело касалось научных концепций в области корпоративного права, права частной собственности и ограниченных вещных прав, банкротства, гражданской правосубъектности государства и органов власти и многих других институтов и проблем нового гражданского права»¹. К сожалению, следует признать, что это нашло свое отражение и в судебной практике разрешения гражданско-правовых споров.

В этой связи нельзя не признать истинную ценность утверждения Г.Ф. Шершеневича о том, что «только при условии, что наука гражданского права примет, наконец, за историческую и догматическую разработку русского законодательства, а практика освободится от цепей, наложенных на нее кассационными решениями, и обратится к научной помощи, — только тогда можно ожидать устранения той розни между теоретической и практической юриспруденцией, которая составляет в высшей степени печальное явление современной русской правовой жизни»².

Соглашаясь с указанным суждением, следует отметить, что в настоящее время между наукой и практикой применения норм гражданского права нет какой-либо серьезной розни, не существует антагонизма и в понимании и применении институтов гражданского законодательства. Свидетельством этому является разработка и последующее принятие Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

В настоящее время творческие взгляды и суждения признанного классика российской цивилистики Г.Ф. Шершеневича о проблемах становления и развития науки гражданского права находят понимание и творческое применение в трудах всех, кому не безразлична российская цивилистика.

¹ Маковский А.Л. Указ. соч. С. 14.

² Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 248.

С.Ю. Филиппова,

к.ю.н., доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения,
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

Реализация идеи Г.Ф. Шершеневича о цели науки и ее связи с практикой в современном частном праве¹

Отвержение практиков от науки
обнаруживается теперь во всем.

Г.Ф. Шершеневич²

Вопрос о цели юридической науки сегодня осознается учеными и широко обсуждается на различных юридических научных форумах. Вопрос этот не нов. Г.Ф. Шершеневич в работе 1893 г. «Наука гражданского права в России» задавался тем же вопросом, отмечая с сожалением, что современное ему состояние юридической науки было плачевным именно вследствие абсолютной невостребованности выводов ученых ни в деятельности судебных органов, ни в практической работе юристов. «Теория и практика шли у нас каждая своей дорогой, самостоятельно заботились о своем существовании и чуждались друг друга»³. Такая ситуация для ученого, посвятившего свою жизнь науке, несомненно, огорчительна. Бессмысленность собственной деятельности направила ученого на поиски цели науки гражданского права. Один из вариантов ответа на вопрос о миссии науки гражданского права состоял в том, что таковой является «водворение правосудия и законности в русском государстве»⁴. Г.Ф. Шершеневич, не оценивая правильности определения такой цели, вместе с тем сетовал в отношении того, что «увлечение» практики наукой «прошло так же быстро, как и возникло»⁵. Из этого можно понять, что ученый считал необходимым сохранение единства теории и практики, считая идеалом основанность практики на прочном научном фундаменте, где она должна черпать системные ответы на не решенные законодательством вопросы.

К сожалению, дальше сетований дело не пошло. Вместе с тем вопрос о смысле, цели юридической науки так и остался нерешенным до настоящего момента, отмеченная в конце XIX в. разобщенность науки и практики сохранена поныне. Зададимся вопросом — почему это так? Можно, вслед за Г.Ф. Шершеневичем, пенять практикам за слабость их эрудиции, недолжное отслеживание новинок юридической литературы, однако представляется, что корни невостребованности юридической науки практикой следует искать вовсе не там, а в дефектах самой этой науки, оказавшейся ненужной, к большому огорчению, ни судам, ни практикующим юристам.

Поскольку проявления проблемы идентичны для XIX и XXI вв., попытаемся в поиске причин болезни рассмотреть оценку состояния тогдашней науки гражданского права в сравнении с ее текущим состоянием.

¹ При информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

² Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 245.

³ Там же. С. 238.

⁴ Там же. С. 239.

⁵ Там же. С. 240.

Как нам представляется, корень зла лежит вот в этом: «Только нормы составляют объект правоведения»¹. Здесь мы сталкиваемся с серьезнейшим противоречием. Исследование такого объекта, как норма права, возможно только с помощью герменевтики — толкования, имеющего своей целью уяснение и объяснение ее смысла. Лучшим толкователем любого текста является его автор — именно он точно знает, что именно желал сообщить в вербальной форме. Для закона, как вполне очевидно, в этом смысле «идеальным» является аутентичное толкование, данное самим законодателем. Если таковое невозможно в силу определенных причин, то толкование закона осуществляется судьей. В этой деятельности по толкованию норм, право судьи выявлять их смысл зиждится на функции суда, на власти государства, частью которого является суд. Научное толкование в связке «статья закона — судебное толкование» оказывается «лишней спицей в колесе», утяжеляя логически безупречную конструкцию, отделяя закон от его смысла избыточными сведениями. Правовые позиции высших судебных инстанций дают пользы более для судьи, разрешающего дело по существу, нежели научный комментарий. Справедливо замечание Г.Ф. Шершеневича о том, что «авторитет кассационных решений основывается... исключительно на иерархическом отношении наших низших судебных инстанций к высшим»². Но вот как оценить это? Как сказывается возможность судов толковать закон широко, на праве, какова роль науки в такой ситуации и как способствует достижению той, названной выше, основной, по мнению Г.Ф. Шершеневича, цели общей деятельности науки и практики «водворения правосудия и законности»? Здесь то самое противоречие, о котором мы уже упоминали, проявляется. Г.Ф. Шершеневич полагал, что если органы, применяющие законы, находят возможным отступать от прямого их смысла, применительно к изменяющимся условиям, то ощущение неудобства старых форм ослабляется, недовольство находит себе временный и частичный исход и критика уменьшается³, иначе говоря, он считал, что восполнение пробелов судом путем применения аналогии закона, аналогии права, толкования является нормальным и полезным способом правоприменения. Зачем тогда гражданско-правовая наука? Кто ученый в этой гармоничной, взаимодополняющей паре законодатель и судья?

Ответа на вопрос, очевидный для Г.Ф. Шершеневича и для современного ученого, честно пытающегося понять свое место рядом с правом, не было им найдено.

Как нам кажется, вместе с тем ответ этот прост до чрезвычайности. Он содержится в мысли М.М. Сперанского: «Закон должен быть полезен человеку»⁴. Не духу права, не пресловутой законности и правопорядку, не государству и не общественному интересу — эфемерным конструкциям и фикциям, скрывающим нечто невразумительное.

Только человек — его интерес, его потребность — есть мерило «правильного» права. Цель юридической науки — помочь человеку использовать право для решения стоящих перед ним задач, достижения его целей.

¹ Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. С. 4.

² Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 241.

³ Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. С. 40.

⁴ Сперанский М.М. Введение к уложению государственных законов (цит. по: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 5–26).

Понимание этого обстоятельства смещает представления о цели науки и ставит под сомнение тезис о том, что «задачи гражданского правоведения сводятся к познанию, объяснению и оценке норм действующего гражданского права»¹. Во всяком случае следует уточнять, что познание это, объяснение и оценка ценны и нужны не сами по себе, а для приспособления права для нужд человека. В этом состоит суть инструментального подхода в юридической науке, как видится, содержащего ответ на мучающий ученых вопрос о смысле.

Что же нужно для того, чтобы гражданско-правовая наука стала полезна человеку, а не «чистому знанию»? Очевидно, что для того, чтобы помочь человеку, его нужно понять. Его и его потребности и суть тех связей, в которые он вступает. И тогда предметом исследования для ученого — юриста, стремящегося отыскать знание того, как с помощью права помочь человеку, оказывается не только и не столько норма права, сколько все богатство человеческого бытия через призму возможного правового воздействия. Именно исследование человеческой деятельности — социология права, — как видится, — первооснова юридической науки, ведь без понимания нужды невозможно найти средство для ее удовлетворения. И здесь, думается, кроется второе противоречие, мешающее движению гражданско-правовой науки. Основной задачей правоведения Г.Ф. Шершеневич видел описание и классификацию — догму гражданского права полагал подобной ботанике, зоологии и минералогии. По его мнению, именно догма права — основа для других частей (социологии и политики), которые опираются на познанные правоположения².

Как нам кажется, начинать надо с социологии, а не с догмы, опираться на потребность, а не на регуляцию. И выводы делать не только о смысле нормы и противоречии между нормами, но и о человеческом бытии, подвергнутом воздействию права.

Представляется, что одним из путей ученого-юриста является сбор и обобщение лучшей практики — та деятельность, которую активно ведут зарубежные ученые-юристы, объединившиеся в научные центры, результатом которой становятся акты нового *lex mercatoria*. Собрать лучшее, обработать, уловить идею и скорректировать для блага людей — в этом видится помощь субъектам. В современной России таких центров, к сожалению, нет. Опыта обобщения реальной договорной практики не существует. Зарубежные акты *lex mercatoria* не срабатывают на отечественной почве, не вписываясь в правовую систему, не соответствуя пресловутым потребностям субъектов и их «правовым привычкам». Пропитанные чужим «духом права», только на родной земле они эффективны.

Обобщать реальную обычную деловую практику, несомненно, непросто. Согласимся с Г.Ф. Шершеневичем — эта работа в отличие от изучения содержания норм, содержащихся в законодательстве, требует специальных приемов, а не только лишь общей грамотности³. Работа эта требует объединения усилий юристов, а не их противостояния. Но цель — благая. Наука гражданского права, делающая проще жизнь человека, уменьшающая споры между сторонами, предлагающая не комментарии

¹ Сперанский М.М. Введение к уложению государственных законов (цит. по: Хабриева Т.Я. Экономико-правовой анализ: методологический подход // Журнал российского права. 2010. № 12. С. 5–26).

² Там же. С. 10.

³ Там же.

и обзоры законодательства, но договорные условия, пользуясь которыми, правовые связи будет проще строить и легче сохранять. Не это ли так и не найденная Г.Ф. Шершеневичем миссия ученого-юриста?

Ф.И. Хамидуллина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

«Право должно быть нравственно» (Г.Ф. Шершеневич о действии права и нравственности)

В 2013 г. мы отмечаем 150-летие со дня рождения Г.Ф. Шершеневича. Как известно, он принадлежал к той блестящей плеяде ученых, чьи идеи и разработки стали классикой и навсегда вошли в золотой фонд юриспруденции. В частности, речь идет о важнейшей методологической проблеме, а именно о связи права и нравственности.

Впервые рассматриваемая проблематика была обозначена еще древними римлянами, называвшими право искусством добра и справедливости, а впоследствии получила неоднозначные интерпретации в рамках той или иной философской школы либо определенных направлений юридической науки. Все они, так или иначе, признавали факт взаимодействия права и нравственности, однако при этом зачастую утрачивалась грань между правовой и этической материей, что в свою очередь пагубно сказывалось на судебной и иной юридической практике, поскольку формальные критерии, осложненные этическими оценочными понятиями, оказывались недостаточно четкими. Вместе с тем для тех, кто «видит дальше своей трубы» (Дж. Локк), всегда было очевидно, что ни один закон не сможет достичь должного регулятивного эффекта, если его положения не отвечают нравственным убеждениям и моральным требованиям общества. «Что пользы в напрасных законах там, где нет нравственности?» — таким вопросом задавались еще в I в. до нашей эры.

Полагаем, что Г.Ф. Шершеневичу принадлежит заслуга компромиссного решения вопроса о действии права и нравственности. С одной стороны, в его рассуждениях по этому поводу со всей очевидностью прослеживается философская составляющая, с другой — он находит практический критерий, позволяющий одновременно и объединить, и разграничить сферы правового и этического. По мысли Г.Ф. Шершеневича, их следует представить в виде геометрических кругов, которые имеют совмещенные области с переменным объемом совпадающих частей. Иными словами, на каком-то этапе общественного развития право и нравственность действуют совместно в большей степени, тогда как на другом — в меньшей.

Притом, согласно позиции Г.Ф. Шершеневича, нравственность есть социальный минимум, ее нормы — это совокупность требований, предъявляемых со стороны общества индивиду, без которых общежитие невозможно. В свою очередь объективное право есть также совокупность норм, а субъективное — возможность осуществления своих интересов субъектами права. Право исходит от властвующих,

нравственные убеждения — от подвластных, и границы субъективного права тем шире, чем менее выражен конфликт между нормами права и нравственными установками людей. Государство, обязанное обращать свою силу на созидательные цели, должно заботиться об устранении конфликта между правом и нравственностью.

Процесс дифференциации социальных норм, по мнению Г.Ф. Шершеневича, далеко не завершен: все социальные нормы нельзя разделить на точно определенные виды и найти для каждого его отличительный признак; несомненно лишь то, что в большей степени обособилось право, в меньшей — нравственность. Ученый особо подчеркивает социальную природу нравственности, указывая, что нравственную оценку могут получить лишь те действия, которые каким-то образом направлены на другого, затрагивают его интересы. Так, нравственно безразлична ситуация, когда человек читает или прогуливается, любясь красотами природы.

Нетрудно заметить, что здесь Г.Ф. Шершеневич вступает в полемику со сторонниками идеи индивидуального совершенства как основы нравственности. Нравственность, говорит ученый, перефразируя слова И. Канта, — не во мне, а вне меня, так же, как и звездное небо. Когда человек считает, что он действует по внутреннему нравственному побуждению, он на самом деле неосознанно следует предписаниям общества в сфере взаимоотношений людей. Таким образом, центр тяжести в вопросе о том, какие действия нравственны, перемещается из субъективной плоскости в объективную, именно объективный момент становится первичным.

Допустим, предполагает Г.Ф. Шершеневич, что некто считает свою жизнь ничемной и решает совершить самоубийство. Категорический императив Канта, основанный на субъективном начале, обязывает такого человека задуматься, а мог ли бы он пожелать, что его примеру должны последовать все? Теоретически — да, вполне мог. Но в таком случае, согласно индивидуалистической этике Канта, никто не стал бы верить другому, а с прекращением доверия неизбежно исчезло бы и общество.

Соглашаясь с Кантом в том, что с нравственной точки зрения поведение оценивается по последствиям, Г.Ф. Шершеневич считает, что эти последствия в свою очередь должны рассматриваться не с точки зрения индивида, а с точки зрения общества. Нравственное или безнравственное различается по тому, способствует ли оно самосохранению общества или подтачивает его.

Рассуждая по такой логике, Г.Ф. Шершеневич делает вывод, что нравственная оценка действий имеет объективное основание, которое заключается в соответствии с условиями общежития, с благополучием значительного большинства членов общества. Иначе говоря, критерий нравственного — не личная, а общественная полезность действия, его направленность на самосохранение, увеличение благосостояния или предотвращение разрушения.

Таким образом, по учению Г.Ф. Шершеневича действие права и нравственности представляется соединенным, что обусловливается единством целей, преследуемых нормами того и другого вида, а именно воздействием на поведение индивида с социальной точки зрения.

Право и нравственность в значительной части совпадают в своем содержании. Если нравственная норма получит правовую санкцию, она тем самым не утратит своего этического значения, а станет таким предписанием, которое будет одновременно поддерживаться и правовым, и нравственным сознанием. Если, напро-

тив, правовая санкция будет придана тому, что не согласуется с нравственными требованиями, то надлежащего регулятивного эффекта не получится, поскольку при разъединенном действии права и нравственности преобладают именно нравственные, но не правовые идеи.

По нашему мнению, мысли Г.Ф. Шершеневича относительно соединенного и разъединенного действия права и нравственности целесообразно использовать в правотворческом процессе, имея в виду экспертную оценку законопроектов с этической точки зрения. В данном случае мысль Г.Ф. Шершеневича о первичности объективного критерия нравственности представляется весьма современной и имеющей практическое значение. В результате специального изучения законопроекта с обозначенной точки зрения возможен вывод о перспективе эффективности будущего закона.

Л.А. Чеговадзе,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса,
Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ

О частных и публичных началах современного гражданско-правового регулирования

Издавна право подразделяется на частное и публичное. Вместе с тем Г.Ф. Шершеневич отмечал, что различие между частным и публичным правом, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее инстинктивно, чем основывается на точных признаках. Он подчеркивал условность подобной классификации правового материала и объяснял это целью его наиболее качественного творения, познания и реализации¹. И современные ученые считают, что система права — это научная конструкция, а «право в целом — явление официальное, государственное и в этом смысле публичное»². Возможность существования разных вариантов системы права в науке объясняется тем, что правовые нормы могут систематизироваться по разным своим признакам, а также тем, что возможны вариации даже в отношении одного и того же признака, например предмета регулирования³. И в самом деле, отнесение к предмету гражданского права имущественных и личных неимущественных отношений само по себе не служит достаточным основанием его обособления, поскольку практически каждая отрасль законодательства рассчитана на регулирование названных отношений. При этом к любой сфере общественных отношений теоретически применимы нормы и публичного и частного права⁴.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 23.

² Кожевников С.Н. Право публичное и частное. Право материальное и процессуальное // Международное публичное и частное право. 2005. № 2 (23). С. 2—4.

³ См.: Кнапп В. По поводу дискуссии о системе права // Советское государство и право. 1957. № 5. С. 114—115; Райхер В.К. О системе права // Правоведение. 1975. № 3. С. 68.

⁴ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 43.

Различают публичное и частное право по характеру интересов. Это идет со времен Ульпиана, и до настоящего времени разграничение частного и публичного права зиждется на том, что положено во главу угла в правовом регулировании общественных отношений, — защита публичных интересов или защита частных интересов¹. Вместе с тем надо признать правоту Г.Ф. Шершеневича, утверждавшего: «Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они имеют в виду обеспечить благоденствие частных лиц, и, наоборот, что частные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»². Тем более что поддерживая подразделение права на частное и публичное, ученые признают объективной необходимость внедрения в ГК РФ и другие нормативные акты гражданского законодательства норм публичного права. И такую же необходимость видят в стыковке норм частного и публичного права и создании для этого комплексных кодексов³. Следовательно, право обеспечивает взаимосвязанные и взаимозависимые интересы и отдельных лиц и общества в целом, а правовое регулирование направлено на обеспечение правопорядка во всех сферах общественной жизни.

Между тем в состав понятия права, в том числе гражданского права, в качестве его частей входят как минимум три юридических элемента: правосознание, нормы права и правоприменение⁴. Чтобы понять, как они сосуществуют, соотнесем понятия объективного и субъективного права, а также уточним представления о праве и законе. В юридической литературе устоялось мнение, что право в объективном смысле — это законодательство, действующее в данный период и представляющее собой устанавливаемые государством и обязательные нормы для всех, кому они адресованы⁵. Вместе с тем законодательство — это не право. Законодательство представляет собой систему нормативных правовых актов различной юридической силы, состоит из законов и подзаконных актов, а те в свою очередь — из разделов, глав, статей, пунктов и т.д. Тем самым законодательство служит объективной формой выражения права. Термин «форма права», по мнению Г.Ф. Шершеневича, рекомендуется использовать для внешнего выражения какого-либо содержания⁶.

Также есть мнение, что право складывается из норм: право — это система правовых норм, содержащихся в принимаемых, санкционируемых государством и органами местного самоуправления законах и других нормативных актах (источниках права)⁷. Хотелось бы уточнить, что этим определением исчерпывается не все право, а только нормативно выраженное или объективное право. В то же время су-

¹ См.: Егоров Н.Д. Понятие гражданского права // Вестник гражданского права. 2012. № 4.

² Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

³ Егоров Н.Д. Указ. соч.

⁴ Мозолин В.П. О дальнейших путях развития гражданского законодательства // Журнал российского права. 2007. № 3.

⁵ Соловьев С.Ж. «Объективное» и «субъективное» в арбитражном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 3.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 368.

⁷ Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008 // СПС «КонсультантПлюс».

ществуют и субъективные права, находящиеся в неразрывном единстве с правом как системой норм, и связь юридических норм с субъективными правами представляется принципиально важной, характеризующей ценность права¹. Признав это, следует определить, посредством чего обеспечивается указанное единство и как нормы объективного права связываются с субъективными правами. Ответ на вопрос заложен в том, что закон содержит нормы права, а право есть следствие реализации нормы. Когда изложенная в законе норма реализуется, ее состояние преобразуется – из действующей она превращается в воздействующую. Право, заложенное в норме, выражается вовне, и форма его выражения меняется – оно становится субъективным. Норма² объективного права служит основой правовой квалификации деяний. Если деяние соответствует норме, поведение является правомерным, при отступлении деяний от нормы говорят о неправомерном или противоправном поведении. Правомерное деяние ведет к установлению права для себя, неправомерное, например при деликте, приводит к приобретению права другим субъектом.

Любая норма, изложенная в статье закона, публично достоверна и содержит объективные критерии формальной квалификации одностипных деяний. В ней заложен регулятивный потенциал и «обещание» права. Чтобы норма стала действующим правом, должен появиться ее адресат и наступить обстоятельства, на случай которых предусмотрено правовое регулирование. Когда действия субъектов совпадают с критериями нормы, появляется право. При несовпадении происходит правонарушение. То есть объективное право – это принципиально возможное, обладающее регулятивным потенциалом право, форма которого еще не наполнена фактическим содержанием. Поэтому кроме норм, содержащих некое абстрактное в принципе возможное право, есть еще и действующее право, «живое» право. Следовательно, проблема различения публичного и частного права кроется в критериях оценки существующего и действующего права, нормы, закрепленной в целях реализации, и нормы, реализованной в действиях субъектов или «живого» права.

Закон действует абстрактно, воздействие права всегда конкретно и связано с субъектом. Субъективное право – это чье-то право, в той или иной форме за кем-то закрепленное, принадлежащее кому-то. Право, осуществляющее свое предназначение во взаимосвязи с нормой. Как известно, любое правовое явление раскрывает и проявляет себя во взаимоотношении и взаимодействии с правовыми нормами³. Однако любая ли норма объективного гражданского права может «пронести на свет» субъективное право? Для ответа на этот вопрос следует обратиться к трудам М.И. Байтина, который все нормы подразделяет на: а) правила поведения и б) исходные (отправные, учредительные нормы) или нормы-принципы, нормы-дефиниции и т.п.⁴ Представляется, что субъективное право устанавливается как производное от норм-правил поведения, которые отличаются представитель-

¹ Алексеев С.С. Социальная ценность социалистического права как регулятора общественных отношений // Советское государство и право. 1968. № 2. С. 17.

² Под «нормой» автор понимает как единичное правило поведения, так и совокупную нормативно-правовую конструкцию, например, договорную, деликтную, наследственную.

³ Байтин М.И. Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 198.

⁴ Байтин М.И. Сущность права. М., 2005. С. 206.

но-обязывающим характером. Наряду с нормами представительно-обязывающего характера действуют и отправные нормы. Они в любой отрасли права действуют императивно, поскольку законодательно закрепляют (учреждают) какое-либо правовое положение материального или процедурного характера¹. Видимо, поэтому М.И. Байтин называет эти нормы нормами опосредованного регулирования².

Преобразование нормы в субъективное право происходит по-разному. Иногда право должно соответствовать критериям нормы применительно к каждому случаю правоприменения. Тогда нормы действуют в редакции закона, их упорядочивающее воздействие связано непосредственно с деянием субъекта и дополнительное формальное выражение нормы не требуется. Частным право становится тогда, когда норма действует не в той редакции, как изложено в законе, а в редакции индивидуально-правовых (нормативно-волевых) актов³. Чаше всего частное право появляется по соглашению сторон юридической связи и выражается в условиях договоров и иных соглашений⁴. Иногда условия, содержащие нормы частного права, появляются по воле одной из сторон и закрепляются в завещании, в уведомлении о расторжении договора, при публичном объявлении о награде, в расписке, решении, заявлении о зачете и т.п.

Поэтому нельзя сказать, что частное право — это совокупность субъективных прав. Так же как публичное, частное право — это совокупность норм. И если закон, закрепляя нормы, делает их публично-достоверными, то, например, договор закрепляет нормы частного характера. Право, не получившее своего выражения в виде нормы, — явление достаточно эфемерное, его нельзя реализовать, упорядочивающее действие неформализованной нормы невозможно. Нет нормы — не с чем сопоставить действия субъектов, квалифицировать их как реализацию объективного права или осуществление субъективного. Чтобы осуществлять такое право, его сначала надо признать в судебном порядке, формализовать и определить обязанных этим правом лиц.

Представительно-обязывающие нормы по своей сути предполагают неизменную связь причины и следствия по принципу: если — то. Они же определяют объем возможностей и повинностей субъектов, которым разрешено или запрещено действовать так, как указано в норме. При этом нормы публичного права закрепляют свои правила однообразно, и его регулирующее воздействие в каждой типичной ситуации должно проявляться строго на условиях нормы. Для гражданского права характерно иное: на уровне нормы оно содержит конструкции типового поведения, но в практике его реализации типичных ситуаций не бывает, каждая сугубо индивидуальна. Действия участников регламентируются не только объективно выраженными нормами, но и правилами, полученными в результате уточнения нормативных предписаний с учетом нор-

¹ Бабаев В.К. Структура юридической нормы // Нормы советского права / под ред. М.И. Байтина, В.К. Бабаева. Саратов, 1987. 96.

² Байтин М.И. Сущность права.

³ Чеговадзе Л.А. О нормативно-волевых основаниях и правовых формах действий, признаваемых сделками // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 3; Она же. О формальной определенности действий сторон // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 11.

⁴ Прав М.Ф. Казанцев, утверждая, что «благодаря договору свободные люди сами творят право для себя».

мообразующей воли самих субъектов. Эта воля связана с нормами права, правила производны от норм, но объем своих возможностей и повинностей субъекты определяют автономно.

Закон — продукт человеческой воли и форма выражения публично действующих норм. Договор и, например, завещание — точно такой же продукт, но форма выражения частных норм. Закон всеобщ, поскольку в ранг закона возводится государственная воля, а договор автономен, поскольку закрепляет волю частных лиц. И хотя она производна от закона, но в каждом договоре излагается «своим усмотрением»¹. С другой стороны, возведенная в ранг договора воля частных лиц получает признание со стороны государства и оно обеспечивает ее судебной защитой.

Закон состоит из статей нормативного акта, закрепляющих публично-достоверные нормы, договор также состоит из статей или пунктов, закрепляющих частные нормы. В этом смысле любой закон, даже из разряда источников гражданского права, состоит из публично-правовых норм. Чтобы они стали правом, должны наступить определенные в норме обстоятельства, которые квалифицируются как гипотеза нормы. И абсолютно для всех отраслей права эта часть нормы действует непосредственно, не соотносясь с волей и намерениями действующих субъектов². Действие других элементов нормы — диспозиции, где устанавливаются возможные и должные варианты поведения, а также санкции, где предусматриваются последствия нарушения нормы, — в практике правореализации проявляется по-разному. Для отраслей публичного права и диспозиция и санкция нормы должны действовать непосредственно и применяться в редакции закона независимо от воли субъектов. В частноправовых отраслях допускается реализация диспозиции и санкции нормы в измененной редакции, в той редакции, которую участники ситуации изложат, например, в договоре, протоколе или ином документе. Непосредственного регулирующего воздействия закона здесь не происходит, его опосредует частная воля.

Гражданское право как любое другое основано на законах. Любой закон, как известно, — это публично-правовое явление. Поэтому и гражданское право само по себе публично, его базовым источником служит закон. Вместе с тем в отличие от иных отраслей права источником гражданско-правового регулирования служат не только нормативно-правовые, но и индивидуально-правовые акты: производные от закона соглашения сторон, акты одностороннего характера — завещание, заявление о зачете, уведомление о расторжении договора. Названные документы содержат микронормы и являются источниками права, которое творят субъекты, а не законодатель. Однако и здесь закон — основа как в части содержания документа, так и в части процедуры его изготовления. Но такого рода документы еще и результат волевого решения самих «правотворцев». Таким образом, публичные начала гражданско-правового регулирования связаны с законом, а частные с правореализационной деятельностью субъектов.

¹ Кавычки использованы потому, что степень усмотрения и его пределы в каждом случае субъектам установлены законом.

² Только, например, для субъектов гражданского права закон разрешает действовать по норме, а уголовно-правовой закон запрещает действовать так, как описано в норме.

ИСТОЧНИКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

А.В. Дашко,

к.ю.н., доцент кафедры частного права,
Российский государственный гуманитарный университет

Существо отношений как источник гражданско-правового регулирования

Гражданско-правовое регулирование характеризуется разнообразием источников и форм его осуществления. Некоторые из этих форм провозглашены как обязательные, т.е. те, на которые можно ссылаться в официальных документах, некоторые таким свойством не обладают. Так, Конституция РФ в ч. 4 ст. 15 определяет, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. В ч. 2 ст. 4 говорится о том, что Конституция РФ и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации. Таким образом, Основной закон относит к официальным источникам международные договоры (принципы) и законы. Кроме того, к официальным источникам следует отнести обычаи. О них говорится в ГК РФ (ст. 5) и в других в высших по юридической силе нормативно-правовых актах. Например, по п. 2 ст. 58 ГК РФ имя ребенку дается по соглашению родителей, отчество присваивается по имени отца, если иное не предусмотрено законами субъектов Российской Федерации или не основано на национальном обычае.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, первыми «источниками признаются обычное право и закон. Некоторые присоединяют к ним судебную практику и науку права, но та и другая, игравшие некогда роль источников права... в настоящее время не могут у нас считаться таковыми, потому что ознакомление с правом через них не соответствует признаку обязательности»¹. При этом справедливо указывается на наличие в этих источниках правовой «информации» — возможности «ознакомления» с правом.

Среди регуляторов гражданско-правовых отношений также следует выделить так называемые «существо отношений», «суть сделки» или «существо обязательства» (далее — существо отношений). В действующем ГК РФ используются различные примеры ссылок на существо отношений, которые находятся преимущественно в части первой Кодекса. Анализа только этой части ГК РФ было достаточно, чтобы сделать определенные выводы. ГК РФ содержит ссылки на следующие понятия: ст. 2 — существо нематериальных благ; ст. 6, 254 — существо отношений; ст. 23 — существо правоотношения; ст. 150 — существо права; ст. 156, 170 — существо сделки; ст. 310—316, 397, 406, 417 — существо обя-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 40.

зательства; ст. 346 — существо залога; ст. 421 — существо смешанного договора; ст. 423, 447, 451 — существо договора.

Положения, предусматривающие ссылку на подобные явления, общность содержания смысла которых не вызывает сомнений, используются традиционно в российском и зарубежном законодательстве. Так, в ГК РСФСР 1964 г. оговорки о существовании обязательства имеются в ст. 167, 170, 171 и многих других. В п. 5 ст. 202 ГК Украины указывается, что к правовым действиям, которые возникли из односторонних сделок, применяются общие положения об обязательстве и о договорах, если это не противоречит актам гражданского законодательства или сути односторонней сделки.

Подобные оговорки имеются и в проекте изменений Гражданского кодекса. Так, правила о корпоративном договоре как о соглашении об осуществлении корпоративных (членских) прав участников соответственно применяются к соглашению о создании хозяйственного общества, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений¹.

Встречаются случаи, когда судебная практика в своих определениях ссылается на существо отношений. Так, постановлением от 26 июля 2011 г. по делу № А75-9489/2010 установлено, что открытое акционерное общество «ТНК-ВР Холдинг» (далее — ОАО «ТНК-ВР Холдинг») обратилось в арбитражный суд с иском к закрытому акционерному обществу «Металлы и трубы» (далее — ЗАО «Металлы и трубы») о взыскании 1 333 321 руб. 60 коп. неустойки, 444 440 руб. 60 коп. штрафа. Решением Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 1 декабря 2010 г. исковые требования удовлетворены. Постановлением Восьмого арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2011 г. решение Арбитражного суда оставлено без изменения.

Не согласившись с данными выводами, ЗАО «Металлы и трубы» подало кассационную жалобу, в которой просит решение, постановление арбитражного суда первой и апелляционной инстанций отменить, дело направить на новое рассмотрение.

В судебном заседании представитель ЗАО «Металлы и трубы» кассационную жалобу поддержал. Проверив в соответствии с положениями ст. 284, 286 АПК РФ правильность применения судами норм материального права и соблюдение процессуального права, а также соответствие выводов, содержащихся в обжалуемых судебных актах, установленным по делу фактическим обстоятельствам и представленным доказательствам, суд кассационной инстанции не находит оснований для удовлетворения кассационной жалобы.

Как установил суд первой инстанции и следует из материалов дела, между ЗАО «Металлы и трубы» (поставщик) и ОАО «ТНК-ВР Холдинг» (покупатель) заключен договор поставки материально-технических ресурсов от 16.12.2008/05.02.2009 № НМХ-0053/09, по условиям которого поставщик обязался передать, а покупатель принять и оплатить товар по номенклатуре, качеству, в количестве, по ценам и срокам поставки согласно условиям договора и Приложений к нему, являющихся неотъемлемой частью договора (далее — Договор).

¹ См. ст. 1 проекта Федерального закона № 47538-6/2 «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, статью 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (в ред., подготовленной ГД ФС РФ ко II чтению 10 декабря 2012 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

Поставщик обязан заменить бракованный товар в течение 15 календарных дней с момента получения акта (п. 7 приложения № 1 к Договору).

Пунктом 8.1 Договора предусмотрено, что в случае нарушения сроков поставки товара, предусмотренных в Договоре и приложениях к нему, а также сроков, установленных п. 9.6 Договора, поставщик уплачивает покупателю пени в размере 0,3% от стоимости не поставленного в срок товара, товара с недостатками или ненадлежащего качества (подлежащего замене и/или ремонту) за каждый день просрочки, но не более 30% стоимости не поставленного в срок товара, товара с недостатками или ненадлежащего качества (подлежащего замене и/или ремонту).

В случае поставки товара ненадлежащего качества, товара, не соответствующего условиям договора и (или) опросному листу, установленным для данного товара, подтвержденной актом о выявленных недостатках товара, поставщик уплачивает покупателю штраф в размере 10% от стоимости поставленного товара ненадлежащего качества или товара, не соответствующего условиям договора, опросному листу по цене товара, указанной в приложении. Уплата штрафа не освобождает поставщика от исполнения обязанности по замене товара, предусмотренной п. 5.3 и 9.6 Договора (п. 8.4 Договора).

Отказ ЗАО «Металлы и трубы» в удовлетворении претензии явился основанием для обращения ОАО «ТНК-ВР Холдинг» в арбитражный суд с рассматриваемым иском. Пунктом 3 ст. 475 ГК РФ предусмотрено, что требования об устранении недостатков или о замене товара, указанные в п. 1 и 2 настоящей статьи, могут быть предъявлены покупателем, если иное не вытекает из характера товара или существа обязательства.

Руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 287, ст. 289 АПК РФ, Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа постановил: решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 1 декабря 2010 г. и постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 19 апреля 2011 г. по делу № А75-9489/2010 оставить без изменения, а кассационную жалобу без удовлетворения. Постановление вступает в законную силу со дня его принятия.

Следует брать во внимание, что если существо отношения — это близкое понятие с существом правоотношения, то к нему можно применять структуру гражданского правоотношения. Существо отношения может заключаться в существовании его как такового или отдельных его составных частей (объект, субъект, содержание, форма (смешанный договор), источник (обычай делового оборота)).

Встречается именно в частноправовых отношениях (общие положения о сделках, о нематериальных благах). Связано это с тем, что отношения, связанные со сделками и нематериальными благами, очень разнообразны и невозможно предусмотреть все заранее. В частности, это фидуциарный характер отношений (отношения совместной собственности). Существо отношений следует рассматривать как вспомогательный источник гражданско-правового регулирования.

Таким образом, под существом отношений в гражданском праве следует понимать неправовой источник гражданско-правового регулирования, который может заключаться в особенностях предмета сделки, нематериального блага, субъектного состава. Источником его следует считать в силу его регулятивной направленности, которая предопределяет, каким образом следует осуществить правовое регулирование в целом с правовыми источниками.

Существо сделок, обязательств и других гражданско-правовых средств нуждается в отдельном рассмотрении.

О.В. Зайцев,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ

Наследие Г.Ф. Шершеневича как основа реформирования современного гражданского законодательства

С конца 80-х годов XX в. Россия находится в условиях кардинального изменения законодательства, вызванного трансформацией социально-экономических и политических условий жизни страны. По прошествии более чем 20 лет можно с уверенностью сделать вывод, что во многом именно наследие дореволюционных российских цивилистов стало базой для отечественного законодательства постсоветского времени.

Принятие в 1994 г. части первой ГК РФ в определенном смысле стало возвращением назад, к той правовой и доктринальной системе, которая сложилась в России к началу XX в. Огромная роль в данном процессе принадлежит Г.Ф. Шершеневичу. В 1995 г. издательством «Спарк» в Москве был переиздан его труд «Учебник русского гражданского права» (по изд. 1907 г.), ставший настольной книгой для поколения современных юристов. Основы дореволюционного российского гражданского права позволили оценить и понять нововведения ГК РФ. Слова Е.А. Суханова, сказанные во вступительной статье к этому изданию, полностью нашли подтверждение в последующие годы: «Изучение дореволюционного гражданского права по учебнику Г.Ф. Шершеневича дает возможность глубже понять существо и цель многих основных цивилистических категорий и институтов, свойственных нормальному рыночному обороту»¹.

Произошедшие в нашей стране изменения можно оценить как революционные, что не могло не повлиять на процесс становления гражданского законодательства. С 2008 г., после издания Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» начался длительный и сложный процесс поиска вариантов изменения существующих норм ГК РФ. И снова для оценки предстоящих изменений мы можем обратиться к трудам Г.Ф. Шершеневича, чтобы понять масштаб предстоящих изменений, их причины и последствия. Не случайно Г.А. Гаджиев отметил, что «источниковедение как часть науки гражданского права должно развиваться, отражая постоянно усложняющийся процесс дифференциации форм объективирования юридических норм»².

В российской правовой науке сложилась традиция определения понятия «источник права». В юридической литературе понятие «источник права» используется в двух различных значениях — в значении материального источника права (источника

¹ Суханов Е.А. Вступительная статья // Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 8.

² Гаджиев Г.А. Правовые позиции Конституционного Суда РФ как новый источник российского гражданского права // Закон. 2006. № 1.

права в материальном смысле) и в значении формального источника права (источник права в формальном смысле) — внешняя форма выражения права. Г.Ф. Шершеневич трактовал источник права как более широкое понятие, нежели внешняя форма права. Но несмотря на то, что различные формы права издавна носят название источников права, они, по его мнению, «малопригодны ввиду своей многозначности», поскольку под термином «источник права» понимались:

— силы, творящие право, например, «воля Бога, воля народная, правосознание, идея справедливости, государственная власть»;

— материалы, положенные в основу того или иного законодательства; этот смысл источника права используется, например, тогда, когда констатируют, что римское право оказало существенное влияние и фактически послужило источником при подготовке Германского гражданского уложения или что труды ученого Потье использовались при разработке Гражданского кодекса Франции 1804 г.¹;

— исторические памятники, которые «когда-то имели значение действующего права»; например, о таких правовых памятниках как об источниках права говорят, когда пользуются в исследованиях Русской правдой, Новгородской или Псковской судными грамотами и др.²;

— средства познания действующего права — этот смысл источника права используется, когда признают, что право можно познать из закона³.

Г.Ф. Шершеневич под именем источников права понимал «формы выражения положительного права, которые имеют значение обязательных средств ознакомления с действующим правом». Такими источниками признавались обычное право и закон. Некоторые авторы присоединяли к ним и судебную практику, и науку права. Но первая — лишь вид обычного права, а вторая — ознакомление с правом, что не соответствует признаку обязательности. Не следует смешивать это понятие с другими понятиями, которые также обозначаются этим же выражением.

Обычное право в историческом плане предшествует закону⁴, но в процессе развития государственности и становления правового механизма по практическому значению закон стал занимать первое место, а обычное право постепенно потеряло свое доминирующее положение. В XVIII в. за обычным правом вовсе не признавали значения источника. Кодексы XVIII и XIX столетий под влиянием этой идеи до крайности ограничивают или даже вовсе устраняют этот источник права. И только Савиньи и Пухта подняли в науке значение обычая, что отразилось на Германском гражданском уложении⁵.

XXI век вновь доказал значимость обычая как источника права. Первоначальная редакция ГК РФ, равно как и сложившаяся в современной доктрине гражданского права традиция, относили к источникам права только обычай делового

¹ Подробнее см.: Всеобщая история государства и права / под ред. К.И. Батыра. М., 1994. С. 303–304, 317.

² См.: *Исаев И.А.* История государства и права России: полный курс лекций. М., 1995. С. 13–14, 25–26.

³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 368.

⁴ Подробнее см.: *Черниловский З.М.* Всеобщая история государства и права. М., 1995. С. 174–182.

⁵ Об указанном изменении влияния обычая на нормотворчество и правоприменение можно судить из анализа структуры и элементов содержания Гражданского кодекса Франции (кодекса Наполеона) 1804 г. и Гражданского уложения Германской империи 1896 г. (см.: *Хрестоматия по истории государства и права* / под ред. З.М. Черниловского. М., 1984. С. 280–297, 315–329).

права. В настоящее время предложено заменить термин «обычай делового оборота» на понятие «обычай». На наш взгляд, основных причин этому две. Во-первых, развитие предпринимательских отношений неизбежно приводит к увеличению и распространению деловых обыкновений, принимаемых сторонами обязательств договоренностей, не включаемых в текст письменных соглашений и пр. Сама природа предпринимательских отношений является причиной распространения регуляторов поведения субъектов, не зафиксированных в каких-либо документах. Второй причиной выступает изменение общественных и экономических отношений. Развитие информационных технологий, появление и активизация сделок в сети «Интернет», усилившаяся международная интеграция также формируют новые типы взаимоотношений участников гражданского оборота, не регламентируемые законодательными нормами.

Однако изменение норм ГК РФ может привести к определенным трудностям на практике. Расширение сферы применения обычая как источника права затронет интересы широкого круга участников гражданского оборота. Далеко не все субъекты частного¹ права четко представляют значение обычая, особенности доказывания факта его существования в суде в случае спора — справедливо ли распространять подобное регулирование на отношения, часто выходящие за рамки гражданско-правовых отношений². Сложности может вызвать и изменение терминологии в отношении некоммерческих организаций. Насколько «осуществление деятельности, приносящей доход» может трактоваться исключительно в качестве предпринимательской? Подобные вопросы, несомненно, должны получить оценку и в науке гражданского права, и в судебной практике. Однако хотелось бы отметить важность возвращения к тому традиционному пониманию обычая как источника права, на которое указывал Г.Ф. Шершеневич. Обычай не является правилом поведения, широко применяемым и известным всем участникам общественных отношений. «Обычай должен быть основан на сознании его необходимости, как правила поведения, на убеждении, что следует поступать непременно так, а не иначе в интересах общежития»³. Обычай отечественная дореволюционная цивилистика связывала с сознанием народа. И в настоящее время действенность его как источника права возможна лишь при восприятии данного правила поведения как закона. Роль науки гражданского права состоит в обосновании роли обычного права, которое позволит регламентировать многие общественные отношения именно на осознании факта необходимости следования этим нормам как императивному регулятору общественного поведения.

¹ Как известно, гражданское законодательство может применяться и к иным (не только гражданским отношениям) частноправовым отношениям, например в соответствии со ст. 4 Семейного кодекса РФ к имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство; или может быть обратная ситуация, когда к отношениям, урегулированным договором гражданско-правового характера, будут применяться положения трудового законодательства (абз. 4 ст. 11 Трудового кодекса РФ).

² Этот вопрос представляется достаточно интересным с точки зрения изучения и заслуживает отдельного детального исследования.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). С. 37.

И.Ю. Куфёлкина,
ст. преподаватель кафедры налогов и права,
Институт экономики и финансов,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Проблемы правового регулирования трансплантации органов и тканей человека

Проблемы трансплантологии приобретают актуальность, поскольку ее развитие позволяет оказать действенную помощь многим больным. Вместе с тем развитие данной области медицины увеличивает потребность в донорских органах, что в свою очередь требует тщательной проработки вопросов статуса органов и тканей человека как объектов гражданских прав, договорного регулирования трансплантации и гражданско-правовой ответственности за вред, причиненный при пересадке органов и тканей человека.

Российское законодательство допускает изъятие органов и (или) тканей человека для трансплантации — пересадки органов и тканей для спасения жизни и восстановления здоровья. Гражданин, отдающий свои органы и (или) ткани, называется донором, а гражданин, принимающий их для лечения и восстановления здоровья, — реципиентом. Трансплантат — те органы и ткани, которые используются для пересадки. Не считаются трансплантатами органы и ткани, имеющие отношение к процессу воспроизводства человека (яйцеклетка, сперма, яичники, яички и эмбрионы), кровь и ее компоненты. Для трансплантации могут быть использованы органы и ткани от живых и мертвых доноров. У живого донора они могут быть изъяты только в случае отсутствия пригодных для трансплантации органов и (или) тканей трупа или сопоставимого с трансплантацией по эффективности альтернативного метода лечения.

Основными нормативными правовыми актами в Российской Федерации, регулирующими отношения в сфере трансплантологии, являются: Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»; Федеральный закон от 30 марта 1999 г. «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»; Закон РФ от 2 июля 1992 г. «О психиатрической помощи и гарантиях граждан при ее оказании»; Федеральный закон «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)»; Закон РФ от 22 декабря 1992 г. «О трансплантации органов и тканей человека»; Закон РФ от 9 июня 1993 г. «О донорстве крови и ее компонентов».

Перечень органов и тканей, а также перечень учреждений, осуществляющих их изъятие и заготовку, определен приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ и Российской академии наук от 25 мая 2007 г. «Об утверждении перечня органов и (или) тканей человека — объектов трансплантации, перечня учреждений здравоохранения, осуществляющих забор и заготовку органов и (или) тканей человека». Закон РФ «О трансплантации органов и (или) тканей человека» относит трансплантаты к вещам, ограниченным в обороте, запрещая их

куплю-продажу. Установлен особый порядок передачи, консервации, хранения трансплантатов, используемых в лечебных целях. Статьей 244 УК РФ установлена ответственность за надругательство над телом умершего, что обычно толкуется как вытаскивание останков из могилы, нанесение телу умершего каких-либо повреждений или совершение иных безнравственных действий, нарушающих обычаи и порядок погребения. Согласно ст. 5 Федерального закона от 12 января 1996 г. «О погребении и похоронном деле» волеизъявление умершего об отношении к его телу должно быть выражено в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме, что не исключает возможность лица заключить договор по поводу использования после его смерти его органов и тканей.

В Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» указано, что в ведении Российской Федерации в области внешнеторговой деятельности находится определение правил экспорта и импорта биологически активных материалов (донорской крови и (или) ее компонентов, внутренних органов и других материалов), а также порядка их использования. Из этого следует, что возможны бартерные сделки между медицинскими учреждениями разных стран по обмену органами и тканями.

Очевидно, что между донором, реципиентом и медицинской организацией возникают правоотношения по поводу трансплантации органов и (или) тканей, основой формирования которых должен стать договор. Анализ нормативных правовых актов позволяет сделать вывод, что договоры трансплантации органов и (или) тканей не относятся ни к одному из предусмотренных действующим законодательством. Однако само существование таких договоров возможно, так как в соответствии со ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, либо договор, в котором содержатся элементы различных договоров. По своей правовой природе данные договоры наиболее близки к договорам платных медицинских услуг и подряда. Однако имеют некоторые особенности.

Во-первых, органы и (или) ткани человека (помимо крови) не могут быть предметом купли, продажи и коммерческих сделок. Во-вторых, сторонами такого договора будут донор, реципиент и медицинская организация, имеющая право на трансплантацию. При этом изъятие органов и (или) тканей для трансплантации не допускается у живого донора, не достигшего 18 лет (за исключением случаев пересадки костного мозга) либо признанного в установленном порядке недееспособным. В-третьих, принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации является преступлением и влечет уголовную ответственность. В-четвертых, в целях обеспечения надлежащего обращения с телом (прахом) умершего волеизъявление донора должно выражаться только в письменной форме.

Очевидно, что российское законодательство в области трансплантологии и изъятия органов и (или) тканей нуждается в совершенствовании и доработке. И в этом может быть очень полезен опыт ряда зарубежных стран, где трансплантация получила высокий уровень развития как на медицинском, так и на законодательном уровне.

Т.Н. Малая,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Мордовский государственный национальный исследовательский
университет им. Н.П. Огарева

Отражение идей Г.Ф. Шершеневича в современном гражданском законодательстве

Обращаясь к наследию Г.Ф. Шершеневича, исследователь обнаруживает не только актуальность его идей для сегодняшнего времени, но и удивительно точные формулировки, раскрывающие содержание правовых конструкций, востребованных современной наукой и практической юриспруденцией. Даже там, где цивилистика ушла вперед, интересны взгляды ученого, отражающие присущие для его времени проблемы правореализации и пути их разрешения. Можно обратиться к некоторым из них, где связь прошлого и настоящего проявляется весьма наглядно.

В юридической литературе подход к определению сути категории наследования не был однозначным. Как правило, исследователи рассматривали наследование как общее преемство наследниками имущественных прав и обязанностей умершего¹. Этой же позиции придерживался и Г.Ф. Шершеневич. Он отмечал, что за исключением отношений, обусловленных личными качествами умершего, вся остальная «совокупность юридических отношений, в которые поставило себя лицо, со смертью его не прекращается, а переходит на новое лицо»². При этом «все отношения прежнего субъекта, составляющие в совокупности понятие об имуществе, переходят на новое лицо не в отдельности, а как нечто цельное, единое... Оно является одновременно переходом всего комплекса, а не только суммы юридических отношений... Если место умершего занимает не одно, а несколько лиц, то каждое из них вступает в каждое отношение, только в известной доле его имущественной цели»³.

Другая позиция была выражена в трудах В.И. Серебровского, который полагал, что в состав наследственного имущества не должны входить долги, так как последние должны рассматриваться лишь как обременения. По его мнению, «долги могут уменьшить наследственное имущество (наследство), даже полностью его исчерпать, но сами в состав наследственного имущества не входят»⁴. Н.Д. Егоров, выводя долги из состава наследства, утверждал, что при наследовании нужно говорить о наследовании не прав, а объектов имущественных прав⁵.

Гражданское законодательство РСФСР не содержало определения таких категорий, как «наследование» и «наследство». Их можно было вывести лишь из анализа правовых норм, закрепленных в ст. 420–436 ГК РСФСР 1922 г. и разд. VII ГК

¹ См., например: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2001; *Толстой Ю.К.* Наследственное право: учеб. пособие. М., 1999; *Черепашин Б.Б.* Труды по гражданскому праву. М., 2001 и др.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 467.

³ Там же. С. 467.

⁴ *Серебровский В.И.* Очерки советского наследственного права. М., 1953. С. 33.

⁵ *Егоров Н.Д.* Наследственное правоотношение // Вестник ЛГУ. Серия «Право». Вып. 3. 1988. № 6. С. 73.

РСФСР 1964 г. Принимая часть третью ГК РФ, законодатель предпринял попытку их определения с учетом сложившейся судебной практики и доктринальных исследований, прямо указав, что принадлежащие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности, переходят к другим лицам в порядке универсального правопреемства (ст. 1110 ГК РФ).

Закрепляя в ст. 1110 ГК РФ правило о том, что наследство переходит наследникам в неизменном виде как единое целое и в один и тот же момент, в ст. 1112 ГК РФ в составе наследственного имущества наряду с имущественными правами указаны и обязанности. Иными словами, долги, имевшиеся у наследодателя на момент его смерти, также переходят преемникам наследодателя, хотя и с ограничениями.

Такой подход законодателя приобретает особое значение в настоящее время, когда в составе наследства находятся предприятия. Для наследника, получающего наследственное имущество, чья стоимость несоразмерно выше причитающейся ему наследственной доли, законодательно установлена необходимость предварительного предоставления компенсации. При определении стоимости предприятия важно учитывать не только вещи, имущественные права, но и долги, входящие в состав такого имущественного комплекса, а также все иные долги, имевшиеся у наследодателя на момент открытия наследства, с тем чтобы определить необходимость предоставления такой компенсации или ее отсутствие.

Актуальными остаются высказывания Г.Ф. Шершеневича о судьбе выморочного имущества. По его мнению, несмотря на то, что закон называет переход выморочного имущества государству наследованием, «едва ли можно признать за государством наследственное право на имущество его граждан», так как имеется целый ряд существенных отличий «такого перехода в противоположность настоящему наследованию»¹. Спорность правового режима выморочного имущества, с точки зрения В.И. Синайского, была обусловлена состоянием действовавшего законодательства, которое в одних статьях закрепляло право государства на обращение его в казну, как бесхозного, а в других говорило «о порядке наследования в имуществах выморочных... о принятии казны наследства в выморочных имуществах и об ответственности казны по закону за долги наследства»².

Об аналогичных проблемах применения норм наследственного права к переходу прав на выморочное имущество свидетельствуют современные исследования³. Современный законодатель также называет переход выморочного имущества государству наследованием, устанавливая при этом особенности такого перехода. Так, например, согласно п. 1 ст. 1152 ГК РФ для приобретения выморочного имущества принятие наследства не требуется. Применение этой нормы исключает применение к государству норм о сроках на принятие наследства, а также норм, определяющих порядок принятия наследства после истечения установленного срока, что

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 510.

² Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 578.

³ См., например: Качур Н., Баукина Е., Богданова И. Наследование выморочного имущества // Российская юстиция. 2003. № 10; Качур Н.Ф., Баукина Е.А., Богданова И.С. Некоторые проблемы наследования выморочного имущества // Бюллетень нотариальной практики. 2003. № 4; Котухова М.В. Гражданско-правовое регулирование отношений с выморочным имуществом в наследственном праве Российской Федерации: дис ... к.ю.н. М., 2007 и др.

в свою очередь вызывает сложности на практике и дискуссии среди ученых о моменте и порядке приобретения в казну выморочного имущества¹.

В результате наследования одна и та же вещь часто передается нескольким лицам на праве общей собственности. Основными причинами такого перехода являются одновременно неделимость вещи и неспособность ни одного из наследников выплатить компенсацию за причитающуюся наследственную долю другому наследнику. Осуществление сособственников такого права собственности имеет свои особенности, так как каждый из них имеет право на долю. А вот определение сущности доли до настоящего времени вызывает острые дискуссии. Не случайно, характеризуя отношения собственности, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «общая собственность, явление весьма частое, представляет значительные трудности для уяснения ее природы», одновременно утверждая, что «право — одно и принадлежит неразделимо всем субъектам, оно распространяется на всю вещь»². В.И. Синайский, характеризуя общую собственность, также отмечал, что «каждый участник имеет право собственности на каждую материальную частицу общей вещи, как бы эта часть ни была мала, но совместно с другими соучастниками»³.

Современное законодательство Российской Федерации, как и законодательство дореволюционной России, различает право всех сособственников «сообща» на вещь, находящуюся в общей собственности (например, ст. 244, п. 1 ст. 246 ГК РФ, п. 1 ст. 36 ЖК РФ) и право каждого из них на долю (п. 3 ст. 245, п. 2 ст. 246, п. 1 ст. 24 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и др.). Однако объем прав, предоставляемых законодателем участникам общей собственности, в зависимости от вида общей собственности, субъектного состава самих сособственников существенно отличается.

Тем не менее как в исследованиях дореволюционной России, так и в научных трудах настоящего времени в зависимости от понимания сути категории «доля» различаются точки зрения на правовую природу соглашений, на основе которых сособственники осуществляют свои правомочия. Нет единства взглядов на определение возможности применения собственником доли вещно-правовых способов защиты своего права при утрате им доли в праве общей собственности⁴.

В этой связи особый интерес для теории и практики представляет содержание постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»⁵. При подготовке его проекта были разные предложения о способах защиты права на долю, основанные на сложившейся судебной-арбитражной практике,

¹ См., например: *Вавилин Е.В., Гурьева Е.В.* Новый порядок наследования и дарения. М., 2006; *Елизарова Н.* Заморочки выморочного имущества // *эж-Юрист*. 2009. № 36 и др.

² *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 214.

³ *Синайский В.И.* Указ. соч. С. 215.

⁴ См., например: *Егоров А.В.* Общая долевая собственность: механизм защиты прав сособственников // *Вестник гражданского права*. 2012. № 4. С. 4—41; *Козлова М.Ю.* О неопределенности норм Гражданского кодекса Российской Федерации о праве общей собственности // *Гражданское право*. 2012. № 5. С. 39—42; *Литовкин В.Н., Суханов Е.А., Чубаров В.В.* Право собственности: актуальные проблемы. М., 2008; *Филатова У.Б.* Отчуждение части доли в праве общей долевой собственности: анализ положений проекта Гражданского кодекса Российской Федерации // *Российская юстиция*. 2012. № 8. С. 9—11.

⁵ *Вестник ВАС РФ*. 2010. № 6.

но в результате в самом Постановлении осталось лишь положение о возможности применения виндикации.

В частности, в п. 42 Постановления разъясняется, что если доля в праве общей долевой собственности возмездно приобретена у лица, которое не имело права ее отчуждать, о чем приобретатель не знал и не должен был знать, лицо, утратившее долю, вправе требовать восстановления права на нее при условии, что эта доля была утрачена им помимо его воли. При рассмотрении такого требования по аналогии закона подлежат применению ст. 301, 302 ГК РФ. Тем самым, по мнению С.В. Потапенко и А.В. Зарубина, разрешена давно назревшая проблема о возможности виндикации доли в праве общей собственности¹.

Напротив, А.В. Егоров полагает, что суды, сосредоточивающиеся на защите долей взамен исков, защищающих право на вещь в целом, ступают «на довольно опасный путь возврата доли в натуре» и предупреждает об опасности упрощенного, буквального понимания судами разъяснения о виндикации, данного в совместном Постановлении Верховного суда РФ и ВАС РФ².

Как видим, проблемы, бывшие актуальными в прошлом веке, остаются такими и сегодня. Свидетельствует ли это о неспособности современной науки решить их? Очевидно, такая постановка вопроса не вполне корректна, поскольку не учитывает динамику развития гражданско-правовых отношений, не отражает особенностей появления новых явлений в отношениях собственности, обусловленных развитием экономики и усложнением хозяйственных связей. Вместе с тем следует признать непреходящее значение достижений цивилистов прошлого, исследовавших сущностные начала отдельных правовых институтов, остающихся востребованными и сегодня.

В.Д. Рузанова,

к.ю.н., доцент,

зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Система гражданского законодательства и система гражданского права: параметры соотношения и особенности взаимодействия на элементарном уровне

В современных условиях российское гражданское законодательство переживает процесс интенсивного совершенствования, что с неизбежностью актуализирует необходимость теоретического осмысления вопросов его системности и взаимодействия с гражданским правом. В свое время Г.Ф. Шершеневич сформулировал

¹ См.: *Потапенко С.В., Зарубин А.В.* Настольная книга судьи по спорам о праве собственности / под ред. С.В. Потапенко. М., 2012.

² См.: *Егоров А.В.* Общая долевая собственность: механизм защиты прав сособственников // Вестник гражданского права. 2012. № 4.

основные критерии, которые необходимо учитывать при осуществлении реформирования законодательства. В частности, он писал: «...гражданское правоведение, вооруженное знанием действующего права, а также знанием всех тех жизненных условий, среди которых приходится действовать юридическим нормам и под влиянием которых складывается дальнейшее развитие права, может и должно оценить целесообразность и справедливость как отдельных норм, так и всего гражданско-правового порядка, определить влияние норм на жизнь, наметить дальнейшее направление общественной жизни под действием сложившегося права, выработать юридические меры для отклонения этого движения, если оно обнаружит вредное направление, и для содействия и ускорения его, если направление будет признано благотворным»¹. Г.Ф. Шершеневич также подчеркивал, что с точки зрения «законодательной политики систематическое распределение норм имеет то значение, что обнаруживает все недостатки положительного права: его пробелы, противоречия, повторения. Удачная и удобная для практики система является образцом для законодателя, который в позднейших кодификационных работах следует системе, выработанной наукой»².

В настоящее время одной из центральных является проблема сущности связи гражданского права и гражданского законодательства и о степени их самостоятельности как систем.

Отметим, что в юридической литературе названная проблема в основном обсуждается в аспекте взаимодействия права как содержания и закона (иных источников права) как его формы. В доктрине принято различать внутреннюю и внешнюю формы права (соответственно структуру правовой нормы и форму выражения права (источники права)). Д.А. Керимов, в частности, подчеркивает, что если «внутренняя форма придает всем правовым нормам обязательную силу, то внешняя форма определяет степень юридической силы каждой правовой нормы по отношению к другим правовым нормам»³.

Видится уместным в связи с этим привести известное высказывание Г.Ф. Шершеневича о том, что «законом называется юридическая норма, установленная государственной властью в определенном заранее порядке»⁴. Следует отметить, что в науке неоднократно обращалось внимание на специфику взаимосвязи права и его форм. По справедливому утверждению С.В. Полениной, сложность выявления системного характера законодательства обусловлена, в частности, тем, что законодательство принадлежит к числу правовых явлений, которые представляют собой совокупность различных форм, видов проявления одного содержания⁵.

С.С. Алексеев, раскрывая понятие права как «формы», пишет: «Ключевой пункт в понимании особенностей права как объективной реальности (институционального образования) — это единство, точнее — воплощение права в определенной фор-

¹ Шершеневич Г.Ф. Задачи и методы гражданского правоведения. Казань, 1898. С. 7.

² Там же. С. 18.

³ См., например: Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-изд. М., 2001. С. 183.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 69.

⁵ См.: Поленина С.В. Система советского законодательства // Советское государство и право. 1975. № 11. С. 21; Она же. Теоретические проблемы системы советского законодательства. М., 1979. С. 37.

ме — слитность с ней»¹. И далее автор указывает, что наиболее очевидным является единство права с *внешней формой* — законами, судебными прецедентами, иными источниками юридических норм². Однако их слитность, по нашему мнению, не исключает самостоятельного существования системы права и системы законодательства, поскольку в соотношении права с его формой выражается лишь один из аспектов существования правовой материи. Полагаем, что право и законодательство могут существовать и в другом измерении — как самостоятельные явления и только в этом своем качестве они имеют собственные параметры: состав и структуру. Иначе невозможно найти логического объяснения тому факту, что гражданское право и гражданское законодательство являются системами. Мы выступаем за «равноправие» системы права и системы законодательства и рассматриваем их в качестве одноуровневых тесно связанных между собой и одновременно обладающих относительной самостоятельностью явлений.

Сопоставление системы права и системы законодательства возможно только в ракурсе различных правовых явлений, иначе их сравнение в принципе невозможно. Как образно замечают Ю.С. Васильев и М.П. Евтеев, «если система отраслей права является первым «измерением» права, то система законодательства — это второе его «измерение»»³. Вместе с тем считаем, что даже при сопоставлении указанных систем как самостоятельных явлений нельзя полностью уйти от их качеств как формы и содержания, поскольку именно это обстоятельство предопределяет относительность самостоятельности указанных систем и обеспечивает их взаимодействие, прежде всего на элементарном уровне.

Отметим, что большинство авторов считают, что элемент — это предел членения в рамках данного качества системы, т.е. он далее неделим⁴. Минимальным компонентом (элементом) системы гражданского права является правовая норма, а системы гражданского законодательства — нормативный правовой акт (при понимании гражданского законодательства в узком значении (как совокупности федеральных законов) таким элементом выступает федеральный закон)⁵. Таким образом, с точки зрения элементарного состава системы гражданского права и системы гражданского законодательства они имеют очевидные различия. Однако многие исследователи, с которыми мы солидарны, совершенно справедливо обращают внимание и на функциональный аспект элемента (характеризующий его активность в системе), придавая этой активности решающее значение⁶.

Применительно к исследуемым системам в функциональном ракурсе обнаруживается следующая их основная взаимозависимость: с одной стороны, нормативный правовой акт как элемент системы гражданского законодательства действует не сам по себе, а через содержащиеся в нем правовые нормы; с другой стороны,

¹ Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 120.

² Там же. С. 121.

³ См.: Васильев Ю.С., Евтеев М.П. Кодификация и систематизация законодательства // Советское государство и право. 1971. № 9. С. 16.

⁴ См.: Макаров М.Г. Сложность и вариативность категорий диалектики. Л., 1988. С. 102–103.

⁵ 2 В целях установления терминологической определенности предлагаем понятие «гражданское законодательство» применять тогда, когда речь идет о совокупности федеральных законов, а конструкцию «гражданско-правовая законодательная система» — в значении совокупности нормативных правовых актов всех уровней (федеральных законов, иных правовых актов и ведомственных нормативных правовых актов).

⁶ См., например: Блауберг И.В., Юдин Э.Г. Становление и сущность системного подхода. М., 1973. С. 185.

нормы права могут осуществлять функцию регулятора в состоянии «включенности» в нормативный правовой акт. Далее, активность нормативного правового акта как элемента гражданско-правовой законодательной системы находит свое проявление через содержащиеся в нем правовые нормы, уровень силы которых определяется фактом их нахождения в том или ином акте (в ГК РФ, ином федеральном законе или указе Президента РФ, постановлении Правительства РФ, ведомственном акте, отраслевом или комплексном акте). Такая взаимозависимость выступает в качестве специфического способа существования и функционирования правовой материи, обусловленного в свою очередь особенностями права как социального регулятора.

При этом следует учитывать, что правовая норма может быть только отраслевой, а нормативный правовой акт как отраслевым, так и комплексным, что позволяет говорить о существовании различных модификаций способов взаимодействия гражданско-правовых норм и актов. В частности, можно утверждать, что действует следующая закономерность: отраслевые акты в отличие от комплексных взаимодействуют с другими отраслевыми актами и с системой в целом наибольшим числом своих сторон и свойств. Гражданско-правовые отраслевые акты функционируют в составе системы с наибольшей полнотой, поскольку в их основе лежит система гражданского права и именно его (права) нормы, объединенные в самостоятельную отрасль по критерию предмета и метода правового регулирования, создают максимально широкую «площадь» взаимодействия элементов системы гражданского законодательства. Комплексные же акты могут входить в другие отраслевые законодательные системы и проявлять свою активность в них через иные стороны и свойства. Поскольку такие акты нацелены на создание нормативных массивов, обеспечивающих регулирование определенной сферы деятельности, и объединяют разноотраслевые нормы, то система гражданского права оказывает на них лишь косвенное влияние. Вместе с тем очевидна и обратная связь: в результате формирования на уровне законодательства комплексных нормативных общностей в системе права образуется вторичная структура¹.

Е.М. Тужилова-Орданская,

д.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского права,
Башкирский государственный университет

Правовая природа отношений, возникающих по поводу трансплантации органов и тканей человека

Вопросы определения природы отношений, возникающих при оказании медицинской помощи гражданам не находят однозначного разрешения в правовой науке.

Одни ученые придерживаются мнения об административно-правовой природе указанных правоотношений. Другие, напротив, основываются на признании гражданско-правовой природы отношений, возникающих по поводу оказания меди-

¹ В правовой доктрине имеются известные утверждения о наличии в системе права и законодательства двух структур (отраслевых (первичных, главных) и комплексных (вторичных)) (см.: Мицкевич А.В. Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законоотворчества // Проблемы современного гражданского права: сб. ст. / отв. ред. В.Н. Литовкин, В.А. Рахмилович. М., 2000. С. 25–26).

цинской помощи. Иные авторы признают разнородный характер исследуемых отношений.

Подобная разнородность мнений в вопросах сущности отношений в сфере здравоохранения свидетельствует об острой необходимости и важности поиска и определения правовой природы отношений, возникающих при трансплантации органов и тканей человека.

Исследуя их природу, следует в первую очередь отметить, что по смыслу положений ст. 34 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» трансплантация относится к разновидности высокотехнологичной специализированной медицинской помощи. При этом процедура пересадки органов и тканей человека (трансплантация) предполагает необходимость осуществления целого комплекса различных мероприятий, что в свою очередь обуславливает особую сложность при определении существа складывающихся отношений. Вместе с тем нельзя забывать, что все эти специфичные отношения являются неотъемлемой составляющей трансплантации, которая выступает средством спасения жизни и восстановления здоровья человека.

Таким образом, представляется очевидным, что в основе трансплантации лежит правоотношение, возникающее между медицинским учреждением и пациентом по поводу восстановления его здоровья. Иные же отношения, складывающиеся в ходе лечения больного, лишь способствуют его реализации, другими словами носят вспомогательный характер. Безусловно, природа таких вспомогательных отношений разнородна. Одни, например регламентирующие функционирование системы органов здравоохранения либо обуславливающие взаимодействие координационного центра и центра трансплантации, носят ярко выраженный административно-правовой характер. Другие, в особенности возникающие между родственным донором и реципиентом, — частноправовой.

Традиционно для определения места правоотношений в системе правового регулирования учитываются две основные характеристики: предмет отношений (что подлежит регулированию) и метод регулирования (каким образом необходимо регулировать отношения).

Так, например, по мнению И.Г. Ломакиной, административными в сфере охраны здоровья граждан являются правоотношения по государственному управлению здравоохранением. Властными полномочиями в этой сфере обладают соответствующие органы и должностные лица (департаменты здравоохранения, главные врачи и т.д.). Однако указанные субъекты вправе использовать принадлежащие им административно-властные полномочия по отношению к подчиненным им работникам, а не к пациентам¹.

С данным высказыванием в целом можно согласиться ведь между данными лицами возникает правоотношение по оказанию медицинской помощи, содержанием которого являются указанные права и обязанности сторон.

Административно-правовой метод регулирования взаимоотношений при оказании медицинской помощи гражданам применяется только в исключительных случаях, специально оговоренных в законодательстве. В соответствии с ч. 3 ст. 55

¹ См.: Ломакина И.Г. Гражданско-правовое регулирование отношений по оказанию медицинских услуг в Российской Федерации: дис. ... к.ю.н. М., 2006. С. 31–32.

Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом 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.

Действительно, основной предпосылкой оказания любого вида медицинской помощи является согласие пациента на медицинское вмешательство, что предусмотрено положениями ст. 20 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации».

Вместе с тем, как справедливо отмечает М.Н. Малеина, обязанность граждан-пациентов выполнять предписания лечебных учреждений, соблюдать установленный режим также не служит основанием для рассмотрения данных отношений как административно-правовых. Обязанность выполнять предписания лечебных учреждений возникает не из акта властвования, а принимается на себя гражданином по своей воле, и пациент может прекратить свои отношения с лечебным учреждением по своему усмотрению в любое время, что не свойственно административно-правовому властному методу регулирования. К тому же обязанность гражданина следовать назначениям лечебного учреждения сочетается с его правом на медицинскую помощь¹.

При указанных обстоятельствах следует признать, что по общему правилу лечебное учреждение не обладает властными полномочиями в отношении пациента, за исключением случаев, прямо указанных в законе.

Вместе с тем следует отметить, что отношения, возникающие при оказании трансплантологической помощи, обладают определенными специфическими чертами, которые, несомненно, отражаются на их правовой сущности.

Иными словами, основанием для оказания данной медицинской помощи является административный акт. Данное решение представляется выраженным в форме некоего акта-документа в силу наличия некоторых отличительных признаков, а именно: выражения в словесно-документальном виде; волевого характера; закрепления в акте содержательных элементов правовой системы — юридических норм, правоположений практики, индивидуальных предписаний, автономных решений лиц².

При этом указанный акт отражает волю публичного образования, так как выражается во властном предписании, направленном в адрес учреждения здравоохранения, и является обязательным для исполнения.

Таким образом, в отношениях по трансплантации органов и тканей человека, бесспорно, присутствуют элементы публично-правового регулирования. Данное обстоятельство подтверждается и тем, что в качестве механизмов защиты прав граждан на получение высокотехнологичной помощи п. 35 названного акта указано право пациента обжаловать решения, принятые в ходе его направления в учреждение здравоохранения и действия (бездействия) должностных лиц данных учреждений.

Вместе с тем содержанием обязанности по оказанию трансплантационной помощи следует признавать предоставление соответствующей медицинской услуги. Такие отношения в полной мере можно отнести к гражданско-правовым.

¹ См.: Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М., 1995. С. 28.

² См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1981. С. 194.

В частности, они характеризуются равным положением участвующих субъектов. Изложенные обстоятельства свидетельствуют о сложной природе отношений по трансплантации человеческих органов и тканей.

Полагаем опрометчивым однозначно относить правоотношения, возникающие при трансплантации органов и тканей человека, к области исключительно частного-правового или публично-правового регулирования. Как отмечал И.А. Покровский, в различные времена эти отношения регулировались то нормами публичного, то нормами частного права¹. Вместе с тем, как справедливо подмечает Н.В. Путило, должное поведение субъектов отношений в сфере охраны здоровья граждан обеспечивается посредством комбинированного воздействия приемов и способов, характерных для административного, гражданского права и права социального обеспечения².

СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Г.В. Березина,

эксперт-юрист ОАО «УОКИС», аспирант,
Ульяновский государственный университет

Современная классификация создаваемых акционерных обществ в России

Наиболее полное определение акционерному обществу (АО) было дано Г.Ф. Шершеневичем: «акционерное общество есть основанное на договоре со-единение лиц с целью совместного производства торгового промысла при помощи капитала, разделенного на равного размера доли, пределами которых и ограничивается ответственность каждого участника»³. Так, во взглядах Г.Ф. Шершеневича сущность АО формулировалась как определенное развитие объединений лиц, отраженное в создаваемых и существующих видах акционерных обществ в России.

АО можно разделить по следующим признакам: способу размещения акций (открытое акционерное общество, закрытое акционерное общество), экономических отношений (основное общество, зависимое общество, дочернее общество).

Правовое положение АО, созданного в соответствии с законодательством РФ, в значительной степени определяется тем, к какому виду оно относится, является открытым или закрытым. Но важно отметить все, что раньше было предусмотрено для открытого АО, сейчас плавно переходит в деятельность публичных и непубличных юридических лиц.

Иными словами, открытые акционерные общества (ОАО) — публичные, а закрытые акционерные общества (ЗАО) — непубличные общества; такое деление от-

¹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 2001. С. 41.

² См.: Путило Н.В. Законодательство субъектов РФ о здравоохранении // Современное российское право. 2003. № 1.

³ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. III. СПб., 1910. С. 240.

ражает степень открытости деятельности общества. Но следует отметить, что подавляющее число ОАО, несмотря на свою организационно-правовую форму, по своей сути всегда являлись непубличными компаниями. Они не осуществляли открытую подписку на ценные бумаги, и ценные бумаги их не обращались на биржах. Тем не менее в связи с тем, что в свое время в рамках приватизации форма ОАО большинству из них была просто навязана, они были вынуждены исполнять требования законодательства по раскрытию информации, неся при этом различного рода издержки. Иначе над АО висит угроза штрафных санкций за нарушение или ненадлежащее исполнение этих требований со стороны регулятора. И это при том, что сведения, поступающие от таких акционерных обществ в информационное поле рынка ценных бумаг, представляют небольшой интерес для его участников, тем самым засоряя его¹.

Такое фактическое разделение АО на сегодняшний день требует законодательного закрепления, которое будет иметь огромное значение для формирования оптимальных моделей корпоративного управления современных компаний и отношений между ними, соответствующих разным стратегиям развития бизнеса².

Так, в 2012 г. в Государственную Думу были внесены поправки в ГК РФ, из текста которых следует, что на смену привычной формы собственности придут пока не совсем понятные публичные и непубличные компании³.

«Публичными» и «непубличными» юридическими лицами могут быть и акционерные общества. При этом к числу публичных компаний прежде всего будут относиться АО, чьи акции публично размещаются (открытая подписка) или публично обращаются на биржах, в уставе и в фирменном наименовании которого будет содержаться указание на публичность. Скорее всего к их числу будут отнесены АО, акции которых публично не размещаются и не обращаются, но в свое время имела место открытая или закрытая подписка, при условии, что на сегодняшний день у такого АО более 500 акционеров. Статусом АО (публичного или непубличного) будет определяться и объем информации, подлежащей раскрытию. Публичные будут раскрывать информацию в максимальном объеме, как на сегодняшний день ОАО, раскрывающие информацию в форме ежеквартального отчета и сообщений о существенных фактах; непубличные будут освобождены от обязанности по раскрытию информации или же будут раскрывать ее в незначительном объеме. Таким образом, в результате принятия этого законопроекта ЗАО и ОАО, а также общества с дополнительной ответственностью перестанут существовать, их место займут «публичные» и «непубличные» юридические лица.

По признаку экономических отношений АО может быть основным, дочерним и зависимым. Отношения отражают экономическую субординацию: самостоятельные субъекты хозяйствования связаны с волей других субъектов хозяйствования

¹ См.: *Поваров Ю.С.* Новеллы правового положения хозяйственных товариществ и обществ: критический анализ проекта изменений в раздел первый Гражданского кодекса Российской Федерации // *Гражданское право*. 2011. № 1. С. 16–22.

² См.: *Распутный Ю.Н.* Разделение акционерных обществ на публичные и непубличные может существенно облегчить их корпоративную жизнь // *Акционерный вестник*. 2012. № 6 (95).

³ Проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» в части введения дифференцированного регулирования для публичных и непубличных компаний, в том числе в части структуры и порядка формирования органов управления, возможности перераспределения компетенций между органами управления».

и находятся в той или иной степени под контролем последних. Наибольшая степень экономической зависимости имеет место между основным и дочерним обществами.

Общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное общество (товарищество) в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом (ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах»). Дочернее общество не отвечает по долгам основного общества (товарищества).

К сожалению, закон защищает дочернее общество лишь от агрессии основного общества и не защищает от некомпетентности его обязательных указаний.

Существующая норма закона вызывает необходимость осторожного поведения дочернего общества в отношениях с основным обществом:

— при заключении договора с ним или определении отношений с основным обществом в уставе дочернего общества необходимо предварительно оценить мотивы конкуренции и кооперации, которыми руководствуется основное общество, следует избегать предоставления ему права давать дочернему обществу обязательные для него указания. В этом случае основное общество вынуждено предлагать свои решения органам управления дочерним акционерным обществом в порядке, предусмотренном уставом дочернего общества, что существенно ослабляет действенность агрессии;

— выработать порядок анализа компетентности и мотивированности обязательных указаний основного общества на предмет целесообразности исполнения или заявления протеста в случае, если исполнение указания повлечет повышенный риск убытков. Такая мера приведет к тому, что основное общество будет поставлено в положение, когда оно заведомо знало о последствиях выполнения его обязательного указания¹.

Общество признается зависимым, если основное (преобладающее) общество имеет более 20% его голосующих акций (ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах»). Зависимым обществам также следует проявлять осторожность в отношениях с преобладающим обществом, так как наличие у последнего около 25% голосующих акций дает возможность основному обществу блокировать в своих интересах принятие общим собранием акционеров решений по вопросам, требующим большинства в три четверти голосов.

Степень зависимости общества от другого (преобладающего) общества является важной характеристикой зависимого общества как субъекта хозяйственных отношений. Например, при совершении крупной сделки с таким обществом требуется оценить, в какой мере такая сделка будет поддержана блокирующим меньшинством².

От доли участия одного общества в другом зависит, в какой степени участник может влиять на принятие решений и контролировать деятельность дочернего или зависимого общества. Эта степень влияния зависит также от модели распределения акций контролируемого общества. Во всех случаях, если в уставе общества отсутствуют ограничения максимального числа голосов, предоставляемых одному

¹ См.: Агеев А.Б. Создание современной системы корпоративного управления в акционерных обществах: вопросы теории и практики. М., 2010.

² См.: Яшикова Т.А. Особенности правового статуса отдельных видов корпоративных субъектов предпринимательства // Законодательство и экономика. 2011. № 5. С. 39–46.

акционеру — владельцу голосующих акций, преобладающее участие приобретает владелец контрольного пакета (50% обыкновенных акций + одна акция). Опыт зарубежных АО показывает — распылении акций между мелкими акционерами для преобладающего участия достаточно иметь пакет в 20–30% обыкновенных акций. В этом случае различия между дочерними и зависимыми обществами стираются¹.

Общество может иметь дочерние и зависимые общества с правами юридического лица на территории Российской Федерации, созданные в соответствии с федеральными законами, а за пределами территории Российской Федерации — в соответствии с законодательством иностранного государства по месту нахождения дочернего или зависимого обществ, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации (ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах»).

Также следует отметить, что иностранные инвесторы осуществляющие инвестирование путем долевого участия в совместных предприятиях, создания предприятий, полностью принадлежащих иностранным инвесторам, а также филиалов иностранных юридических лиц, приобретения предприятий, долей участия в предприятиях, паев, акций могут создавать зависимые и дочерние АО, а также открывать свои филиалы и представительства.

Государство гарантирует иностранным инвесторам не менее благоприятный правовой режим, чем для российских инвесторов.

А.В. Богданов,

к.ю.н., ассистент кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный исследовательский университет

Юридикто-фактические основания передачи полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества управляющей организации

Одним из признаков органа юридического лица является его образование в особом установленном для него законом или учредительными документами порядке.

Передача полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества по договору управляющей организации или управляющему является, наряду с назначением (избранием) директора (генерального директора), способом образования единоличного исполнительного органа акционерного общества.

В соответствии с подп. 8 п. 1 ст. 48 и п. 3 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» образование исполнительных органов общества и досрочное прекращение их полномочий осуществляются по решению общего собрания акционеров, если уставом общества решение этих вопросов не отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества.

Первым из фактических условий, необходимых для образования единоличного исполнительного органа акционерного общества, является изъятие лицом,

¹ См.: Ломакин Д.В. Основные тенденции развития современного законодательства о хозяйственных обществах // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2010. № 5. С. 27–45.

которому будут переданы полномочия органа, согласия на осуществление функций формируемого органа. Как указывает Е.В. Тычинская, для возникновения правоотношения между акционерным обществом и лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа, необходима воля лица, реализующего функции органа¹.

Ни ГК РФ, ни Федеральный закон «Об акционерных обществах» не содержат положений, согласно которым при образовании единоличного исполнительного органа акционерного общества предварительно запрашивалось бы согласие лица на осуществление полномочий органа. Законодатель только предполагает наличие согласия лица, которому будут переданы функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, что не исключает необходимости получения такого согласия на практике. При передаче полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества управляющей организации или управляющему от последних, как правило, поступает письменное согласие в форме предложения о заключении договора на осуществление функций единоличного исполнительного органа. Такое предложение может исходить и от акционерного общества, полномочия единоличного исполнительного органа которого будут переданы управляющей организации или управляющему. Согласие может быть выражено и в форме конклюдентных действий по принятию дел акционерного общества от лица, ранее осуществлявшего функции единоличного исполнительного органа, подписанию приказа о вступлении в должность или в форме подачи заявления о внесении записи в Единый государственный реестр юридических лиц в связи со сменой лица, имеющего право действовать от имени акционерного общества без доверенности. Однако применительно к управляющей организации (равно как и к управляющему) выражение согласия на осуществление функций единоличного исполнительного органа путем совершения конклюдентных действий невозможно в силу прямого указания закона о необходимости заключения договора, соответственно такое согласие выражается в принятии договорных условий между управляющей организацией и управляемым обществом.

Следовательно, для образования единоличного исполнительного органа акционерного общества путем передачи полномочий указанного органа управляющей организации (управляющему) необходимо получение согласия лица, которому будут переданы полномочия данного органа.

Следующим фактическим условием, которое необходимо для образования единоличного исполнительного органа акционерного общества, является принятие уполномоченным органом решения об образовании единоличного исполнительного органа.

По справедливому замечанию А.А. Серебряковой, в основе возникновения отношений между управляющей (управляющим) и управляемой организациями лежит сложный юридический состав. Прежде чем стороны подойдут к заключению договора, должны быть соблюдены некоторые условия. Договор с управляющим может быть заключен обществом только после принятия решения об этом общим собранием акционеров².

¹ См.: Тычинская Е.В. Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010. С. 3–4.

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

В соответствии с положениями абз. 3 п. 1 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» по решению общего собрания акционеров полномочия единоличного исполнительного органа общества могут быть переданы по договору коммерческой организации (управляющей организации) или индивидуальному предпринимателю (управляющему). Такое решение принимается общим собранием акционеров только по предложению совета директоров (наблюдательного совета) общества, вопрос о передаче полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества управляющей организации (управляющему) является вопросом зависимой компетенции.

Процесс образования единоличного исполнительного органа акционерного общества завершается заключением договора между обществом и лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа акционерного общества.

Интересной в связи с этим представляется позиция Е.В. Тычинской, которая считает, что для существования договорного правоотношения по осуществлению функций единоличного исполнительного органа акционерного общества совсем необязательно подписание договора как документа. По мнению Е.В. Тычинской, договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества считается заключенным при последовательном совершении общим собранием участников (акционеров) или советом директоров действий по «избранию» или «назначению» директора или управляющей организации и действий по выражению согласия директором или управляющей организацией. Действия каждой из сторон рассматриваются как оферта или акцепт, что позволяет устранить существующую проблему разрыва во времени между принятием общим собранием решения об избрании (назначении) и подписанием текста договора за счет отпадения необходимости в таком подписании¹.

В соответствии с абз. 2 п. 3 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» права и обязанности единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора), членов коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции), управляющей организации или управляющего по осуществлению руководства текущей деятельностью общества определяются Федеральным законом «Об акционерных обществах», иными правовыми актами Российской Федерации и договором, заключаемым каждым из них с обществом. Договор от имени общества подписывается председателем совета директоров (наблюдательного совета) общества или лицом, уполномоченным советом директоров (наблюдательным советом) общества.

Действующее законодательство не содержит положений, относящихся к компетенции какого-либо органа акционерного общества вопрос о согласовании условий договора об осуществлении функций единоличного исполнительного органа общества.

Норма, содержащаяся в абз. 2 п. 3 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах», согласно которой «договор от имени общества подписывается председателем совета директоров (наблюдательного совета) общества или лицом, уполномоченным советом директоров (наблюдательным советом) общества», не позволяет утверждать, что в ней закреплено лицо, уполномоченное на заключение договора. В указанной норме определено лицо, чья подпись будет проставлена на договоре («рукоприкладчик»).

¹ См.: Тычинская Е.В. Указ. соч. С. 10.

Заключить договор — значит согласовать его условия, в первую очередь существенные условия. Анализ положений действующего законодательства, свидетельствует о том, что к существенным условиям договора между акционерным обществом и лицом, осуществляющим функции его единоличного исполнительного органа, может быть отнесен только предмет договора.

Представляется, что согласование условий договора с единоличным исполнительным органом должно относиться к компетенции того органа, в чью компетенцию входит принятие решения по вопросу об образовании единоличного исполнительного органа. Образование единоличного исполнительного органа предполагает и определение условий договора с лицом, осуществляющим функции указанного органа, поскольку права и обязанности единоличного исполнительного органа акционерного общества закрепляются в том числе и договором, заключаемым с обществом (п. 3 ст. 69 Федерального закона «Об акционерных обществах»).

В качестве юридико-фактических обстоятельств, наличие которых необходимо для образования единоличного исполнительного органа акционерного общества путем передачи полномочий указанного органа управляющей организации (управляющему), можно назвать следующие:

- волеизъявление лица, которому будут переданы функции единоличного исполнительного органа акционерного общества, содержащее согласие на осуществление полномочий органа;
- решение уполномоченного органа об образовании единоличного исполнительного органа акционерного общества;
- заключение договора между акционерным обществом и лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа акционерного общества.

В.И. Борисова,

к.ю.н., профессор, зав. кафедрой гражданского права № 1,
Юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого,
чл.-корр. Национальной академии правовых наук Украины

Гражданско-правовые аспекты деятельности непредпринимательских организаций в Украине

Непредпринимательские организации как юридические лица частного права существуют в различных формах, перечень которых не носит исчерпывающего характера, и отличаются особенностями организационной структуры, способами обособления имущества, принятия участия в гражданском обороте, ответственностью. В национальной доктрине выделяют признаки, объединяющие непредпринимательские организации, относя к ним: негосударственный характер организации, самоуправление, добровольность возникновения, некоммерческую цель создания, неприбыльность и полезность.

Негосударственный характер непредпринимательских организаций характерен не только для потребительских обществ, кредитных союзов, различных объединений граждан, благотворительных организаций, творческих союзов, но и для

религиозных организаций. Украина — поликонфессиональное государство, в котором действует конституционно-правовой принцип отделения церкви от государства. Исходя из этого, религиозные организации лишены права вмешиваться в дела государства, хотя имеют право участвовать в общественной жизни, а также решать вопросы, связанные с удовлетворением религиозных потребностей верующих. Государство в лице соответствующего органа, реализующего государственную политику в сфере религии, обеспечивает проведение этой политики путем осуществления регистрации уставов (положений) религиозных организаций, официального согласования возможности заниматься проповеднической, другой канонической деятельностью и выполнять религиозные обряды священнослужителям и т.п. При этом оно не вмешивается в религиозную деятельность таких организаций при условии, что те не нарушают положений действующего законодательства, не возлагает на них выполнения каких-либо государственных функций, не финансирует их деятельность и т.п.

Что же касается такого признака, как самоуправление, то согласиться с тем, что управление в непредпринимательских организациях осуществляется непосредственно их участниками, нельзя. Ведение дел непосредственно участниками осуществляется исключительно в таких хозяйственных обществах, как полные и командитные общества (ст. 122, 136 ГК Украины), в основе функционирования которых лежит личный момент. Однако это исключение, а не общее правило.

Непредпринимательское же общество, как и любое юридическое лицо, — самостоятельный субъект гражданских отношений, поскольку признание юридического лица продуктом исключительно интересов и воли учредителей если и возможно, то только на таком этапе его жизненного цикла, как этап создания. Поэтому по общему правилу юридическое лицо приобретает гражданские права и обязанности и осуществляет их либо через свои органы, которые действуют в соответствии с учредительными документами и законом, либо путем закрепления за участниками права своими действиями приобретать для него определенные права и обязанности (ч. 1 и 2 ст. 92 ГК Украины).

Орган юридического лица — это юридическая конструкция, создаваемая правом с целью предоставления возможности сформировать и выразить волю юридического лица, которая отличается от воли учредителя, отстаивать интересы юридического лица. Действия органа — действия самого юридического лица как его законного представителя, полномочия которого основаны на указаниях закона и могут осуществляться без доверенности. Это институционально-функциональный представитель. Институциональность представительства органа проявляется в утверждении на законодательном уровне механизма приобретения юридическим лицом, включая и непредпринимательские организации, гражданских прав и обязанностей непосредственно через свои органы, закрепление не только возможности, но и необходимости формирования соответствующих органов, их состава, а также определения их компетенции. Функциональность представительства органа проявляется в осуществлении им в интересах непредпринимательской организации полномочий в пределах определенной законом (уставом) компетенции.

В отличие от непредпринимательского общества, цель деятельности которого определяется общей волей самих его участников, учреждение создается по волеизъявлению лица, которое впоследствии так и не становится его участником. А поскольку

ку учредительный акт о создании учреждения может содержаться и в завещании, то учреждаться данная непредпринимательская структура может по воле физического лица, которого уже нет в живых. Законодатель устанавливает, что в учреждении обязательно создается такой исполнительный орган, как правление, к которому применяются положения ст. 99 ГК Украины об исполнительном органе общества, хотя учредительным актом может быть предусмотрено создание и иных органов управления с определением порядка их формирования и состава (ч. 1 ст. 101 ГК Украины). В отличие от непредпринимательских обществ закон запрещает учредителям учреждения участвовать в его управлении как единолично, так и через систему его органов. Таким образом, наблюдается отстранение учредителя от управления данной непредпринимательской организацией. Этим объясняется тот факт, что в учреждении нет волеобразующего органа, а существует лишь исполнительный орган — правление. Вряд ли собственные интересы учредителя поглощают интересы учреждения, потому как все действия, которые совершает и может совершить исполнительный орган, не могут быть запрограммированы учредителем на будущее.

Обращает на себя внимание тот факт, что в ГК Украины системообразующим (квалифицирующим) критерием для разграничения юридических лиц частного права на предпринимательские и непредпринимательские избран функциональный критерий — осуществление непредпринимательской деятельности. Вместе с тем в соответствии с действующим законодательством непредпринимательские общества и учреждения могут наряду со своей основной деятельностью осуществлять и предпринимательскую деятельность, если иное не будет установлено законом и если эта деятельность отвечает цели, для которой они были созданы, и способствует ее достижению (ч. 1 ст. 86 ГК Украины). Поэтому полагаем, что системообразующий критерий разграничения предпринимательских и непредпринимательских организаций — это не осуществление последними непредпринимательской деятельности, а запрет на распределение прибыли, полученной в том числе и от предпринимательской деятельности в пользу как участников непредпринимательского юридического лица, так и других, заранее определенных лиц, в частности учредителей учреждения.

С возможностью осуществления предпринимательской деятельности связан вопрос о том, какой правоспособностью могут наделяться непредпринимательские организации? Юридическое лицо частного права, согласно ст. 91 ГК Украины, способно иметь такие же гражданские права и обязанности, как и физическое лицо, кроме тех, которые по своей природе могут принадлежать только физическому лицу, т.е. оно способно иметь общую (универсальную) правоспособность.

С учетом того, что непредпринимательские организации создаются для достижения определенных целей, это означает, что предоставление им общей (универсальной) правоспособности не согласуется с целевым характером их деятельности, следовательно, они должны наделяться специальной (целевой) правоспособностью. Поэтому к общим признакам, присущим непредпринимательским организациям, следует отнести наделение их специальной (целевой) правоспособностью.

В связи с возможностью осуществления предпринимательской организацией предпринимательской деятельности возникает вопрос и о том, в какой форме такая организация может создавать соответствующие структуры для осуществления предпринимательской деятельности? Рассмотрим это на примере религиозной организации, которой Закон Украины «О предприятиях в Украине» предоставлял

право создавать предприятия для осуществления производственной и хозяйственной деятельности и в отношении имущества которой та выступала собственником (ст. 2). Однако названный Закон утратил силу, а предприятие как организационно-правовую форму юридических лиц частного права ГК Украины не предусмотрел. При этом предприятие как единый имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, в соответствии с законом признано не субъектом, а объектом права (ст. 191 ГК Украины).

Учитывая все особенности правового статуса религиозной организации, такой структурой, при условии, если предпринимательская деятельность не связана по своему характеру с основной функциональной направленностью деятельности последней, должно быть хозяйственное общество, созданное одним лицом (ч. 2 ст. 114 ГК Украины). Религиозная организация выступит в роли единственного учредителя созданного общества, однако собственником его имущества не становится, поскольку юридическое лицо частного права является собственником имущества, которое передается ей учредителем. Религиозная организация будет иметь лишь обязательственное право на свой вклад.

Созданное хозяйственное общество религиозной организации будет иметь специальную правоспособность, т.е. сможет осуществлять лишь те виды деятельности и приобретать только такие права и обязанности, которые заранее определены учредителем и делегированы ему. Оно будет иметь и особую волю, отличающуюся от воли ее учредителя, и особые интересы.

Относительно таких признаков, как добровольность возникновения, неприбыльность и полезность, то, безусловно, они присущи непредпринимательским организациям как юридическим лицам частного права.

Ю.О. Вербицкая,
магистр частного права (Екатеринбург)

Новые правила регулирования ассоциаций и союзов

Деятельность по совершенствованию ГК РФ при взгляде изнутри дело нелегкое: это не просто написание кем-то текста законопроекта и слепое, единогласное голосование за него, нет, это очень сложный процесс, включающий в себя массу обсуждений как в научных, так и в политических кругах.

Что касается некоммерческих организаций, то в рамках общего процесса по совершенствованию гражданского законодательства планировалось изменить всю систему юридических лиц (полностью переписана гл. 4 ГК РФ). Меняется и система некоммерческих организаций (хотя, можно сказать, что система вводится, так как сейчас можно наблюдать только бессистемную совокупность различных организационно-правовых форм).

Теперь первоначально юридические лица делятся не на коммерческие и некоммерческие, а на корпорации и унитарные организации.

Здесь стоит отметить, что в отношении критериев разграничения организаций на корпорации и учреждения (унитарные организации). по справедливому заме-

чанию С.Н. Братуся, в литературе отсутствует единое мнение. Более того, данная классификация имеет принципиальные отличия и в различных правовых системах.

Деление юридических лиц на корпорации и учреждения, сформировавшееся в российской доктрине, может быть представлено следующим образом. Корпорация — это юридическое лицо, построенное на основе членства и характеризующееся направленностью на удовлетворение личных потребностей своих участников, а учреждение — это «общественное образование, действующее в интересах пользователей (дестинаторов), не связанных непосредственно между собой и учреждением в качестве его членов». Аналогичные критерии деления на «соединения лиц» и «учреждения» можно встретить еще в работах Г.Ф. Шершеневича.

Следующим вариантом является деление коллективных образований на корпорации и учреждения, основанные исключительно на критерии членства. Данная классификация является традиционной для германской доктрины. Именно она и легла в основу будущих изменений в части юридических лиц.

И на одной из разновидностей некоммерческих корпораций нам придется остановиться более детально.

В Концепции развития гражданского законодательства, а также в соответствующем проекте (Проект № 47538-6/2, принят во втором чтении в декабре 2012 г.) в качестве одной из организационно-правовой формы присутствует ассоциация (союз) граждан. Она вводится взамен многих ныне действующих форм некоммерческих организаций с корпоративным устройством. Ее разновидностями в проекте названы: некоммерческие партнерства, саморегулируемые организации, объединения работодателей, объединения профсоюзов, кооперативов и общественных организаций, торгово-промышленные, нотариальные и адвокатские палаты.

Однако вопреки этим долгим и обстоятельным научно-практическим изысканиям неожиданно 11 февраля 2013 г. принят Федеральный закон «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и Федеральный закон «О некоммерческих организациях»». Закон затронул лишь один вопрос — изменены положения об ассоциациях (союзах). Если ранее такая форма была предусмотрена только для объединения организаций, причем коммерческих, то теперь в ассоциации (союзы) могут объединяться граждане и любые юридические лица.

Все правильно, так и планировалось, практически такие же нормы готовились изначально разработчиками новой редакции ГК РФ. Но почему такой незначительный кусочек от всех норм о юридических лицах был скопирован из всех изменений и принимается именно сейчас, причем с немедленным вступлением в силу, не дождавшись принятия всего Проекта № 47538-6/2?

Вопрос скорее риторический. Проект курировался не профильным комитетом (как известно, работу над ГК РФ ведет Комитет ГД РФ по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, возглавляемый П.В. Крашенинниковым), а Комитетом ГД РФ по конституционному законодательству и государственному строительству. Пояснительная записка на целых полстраницы мотивирует принятие закона тем, что «установление предлагаемой нормы позволит реализовать конституционное право граждан на объединение и окажет благоприятное влияние на развитие институтов гражданского общества в нашей стране».

Что касается самой сути незапланированных изменений. Такая фрагментарность привела к тому, что в ГК РФ ассоциация и союз не включают в себя такую разно-

видность, как некоммерческое партнерство. Так, п. 5 ст. 121 ГК РФ в новой редакции гласит: «Ассоциация (союз) по решению своих членов может быть преобразована в общественную организацию, автономную некоммерческую организацию, некоммерческое партнерство или фонд». Спрашивается, какой смысл преобразовывать ассоциацию в некоммерческое партнерство, если это самое некоммерческое партнерство после принятия всех изменений в ГК РФ перестанет существовать как самостоятельная организационно-правовая норма?

Но не это самое главное и даже не то, что фрагментарный закон — сплошное недоразумение во время планомерной работы над ГК РФ.

Тревожит некоторая эйфория, поднятая в СМИ (общероссийских и весьма уважаемых в государственных кругах): «внесены изменения в Гражданский кодекс, которые позволяют гражданам создавать союзы для защиты своих интересов». Складывается впечатление, что будто бы до этого гражданам запрещали создавать объединения для защиты своих интересов. Причем такая дезинформация может сыграть плохую шутку с гражданами, которые вместо общественных организаций будут регистрировать ассоциацию (союз). Дело в том, что члены ассоциаций несут субсидиарную ответственность по обязательствам ассоциации. Вот тут как раз почему-то разработчики этого проекта не скопировали нормы из Проекта № 47538-6/2.

Что было в первоначальном проекте:

«Члены ассоциации (союза) не отвечают по ее обязательствам, за исключением случаев, когда уставом ассоциации (союза) предусмотрена субсидиарная ответственность ее членов в размере, кратном размеру их членских взносов».

А вот что в нынешних, только что вступивших в силу, изменениях:

«Члены ассоциации (союза) не отвечают по ее обязательствам, за исключением случаев, если законом и (или) уставом ассоциации (союза) предусмотрена субсидиарная ответственность ее членов».

И законом как раз такая ответственность предусмотрена. Это норма ч. 4 ст. 11 Федерального закона «О некоммерческих организациях», она и не менялась, но ведь раньше все эти положения были предусмотрены для ассоциаций коммерческих организаций, но никак не для ассоциаций граждан.

Понятно, что это все значит для простых людей. Выбирая форму для создания объединения, к примеру для борьбы с повышением тарифов на коммунальные услуги, граждане последуют советам уважаемых СМИ и выберут форму союза. Увы, в современных российских реалиях конструкцию юридического лица, в том числе некоммерческого, частенько используют для разного рода махинаций. Допустим, этот союз накуролесил, кого-нибудь обманул, виновные лица скрылись, а с долгами один на один конечно же остались граждане, которые и знать не знали о грехах отдельных членов организации. Но они будут отвечать по этим долгам субсидиарно. Такого нет ни в общественной организации, ни в некоммерческом партнерстве (да, партнерств потом не будет, но это не страшно, так как они автоматически после принятия изменений станут ассоциациями — из Проекта № 47538-6/2). Можно представить еще одну, также весьма вероятную в наших политических реалиях, ситуацию: допустим, граждане решили объединиться в ассоциацию для того, чтобы отстаивать свои избирательные права, организовали шествие, митинг или иное подобное мероприятие. Далее такое мероприятие признается органами власти не соответствующим закону. А штрафы на юридическое лицо за такие нарушения немаленькие. Понятно,

что при отсутствии имущества у организации платить придется членам этой ассоциации, причем, даже тем, кто знать не знал о митинге. Потом, конечно, задумались бы, почему не выбрали для объединения общественную организацию, которая может, кстати, существовать и без регистрации в качестве юридического лица.

Это все равно, что советовать предпринимателю вместо общества с ограниченной ответственностью регистрировать общество с дополнительной ответственностью.

Собственно, ничего страшного не произойдет, если этими нормами просто не будут пользоваться. Предупрежден, значит вооружен. Ведь и сейчас есть альтернатива в виде общественных организаций и некоммерческих партнерств. Просто стоит смириться с тем, что в ГК РФ зачем-то затесалась такая же непопулярная норма, как и положения об обществах с дополнительной ответственностью.

Л.З. Газизуллина,

ст. преподаватель кафедры налогов и права,

Институт экономики и финансов,

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Правовой статус совета многоквартирного дома

Внесенные в ЖК РФ Федеральным законом от 4 июня 2011 г. изменения обязывают собственников помещений в многоквартирных домах на общем собрании избрать совет многоквартирного дома (далее — совет МКД). Условиями для формирования совета МКД являются следующие обстоятельства: 1) в многоквартирном доме не должно быть создано товарищество собственников жилья либо указанный дом не должен быть в управлении жилищного или иного специализированного потребительского кооператива; 2) в многоквартирном доме должно быть более четырех квартир.

Решение о создании совета МКД принимается либо по инициативе собственников помещений на их общем собрании, либо по инициативе органа местного самоуправления, который в случае непринятия указанного решения собственниками в трехмесячный срок созывает общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме и в повестку дня включает вопросы об избрании совета многоквартирного дома.

Что касается правового статуса совета МКД, следует отметить, что:

1) совет МКД формируется из числа собственников помещений в данном многоквартирном доме. При этом количество его членов определяется либо решением общего собрания собственников помещений, либо рассчитывается исходя из имеющегося в данном МКД количества подъездов, этажей, квартир;

2) он не подлежит регистрации в органах местного самоуправления или иных органах. Отсутствие регистрации совета МКД является доказательством того, что он не признается юридическим лицом. Вместе с тем отсутствие регистрации в органах местного самоуправления может привести к тому, что советы МКД и председатели таких советов на практике будут сталкиваться со сложностями во взаимоотношениях с третьими лицами, в особенности с управляющими организациями;

3) совет не может быть избран применительно к нескольким многоквартирным домам;

4) по общему правилу совет МКД переизбирается каждые два года. Иной срок переизбрания может быть установлен решением общего собрания собственников помещений в данном доме. Если совет МКД не исполняет либо исполняет ненадлежащим образом возложенные на него обязанности, он может быть переизбран досрочно. Особым основанием досрочного прекращения полномочий совета МКД является создание в многоквартирном доме товарищества собственников жилья, так как в этом случае полномочия переходят к правлению созданного товарищества собственников жилья.

В рамках своих полномочий советы МКД вправе: 1) обеспечивать выполнение решений общего собрания собственников помещений; 2) выносить на всеобщее обсуждение собственников вопросы пользования общим имуществом в многоквартирном доме; 3) вносить предложения по вопросам планирования управления многоквартирным домом, организации такого управления, содержания и ремонта общего имущества в МКД; 4) осуществлять контроль за оказанием услуг и(или) выполнением работ по управлению многоквартирным домом, содержанию и ремонту общего имущества в многоквартирном доме и за качеством предоставляемых коммунальных услуг собственникам жилых и нежилых помещений; 5) представлять отчет о проделанной работе на утверждение годового общего собрания собственников помещений.

Следует согласиться с мнением И.Б. Миронова, который предлагает рассматривать совет МКД «как прообраз действовавших в советский период домовых комитетов, которые также избирались на общем собрании жильцов или их представителей от домов, корпусов, подъездов (по нормам, устанавливаемым соответствующим исполкомом местного Совета народных депутатов, комитетом профсоюза предприятия, организации и учреждения) открытым голосованием сроком на два года в составе не менее семи человек»¹.

Следует помнить о том, что единственным постоянно действующим органом управления МКД признается общее собрание собственников помещений многоквартирного дома. Поэтому совет дома не следует рассматривать как самостоятельный орган управления многоквартирным домом, хотя умалять статус совета все же недопустимо.

Е.И. Захарова,

аспирант кафедры гражданского права,
Кубанский государственный аграрный университет

Признак имущественной обособленности юридического лица в теориях юридического лица

Традиционно исследование сущности юридического лица велось в рамках теорий юридического лица. Поэтому именно они предоставляют значимую научную основу в исследовании отдельных аспектов юридического лица и, в частности, признака имущественной обособленности юридического лица.

На сегодняшний день фиктивная теория юридического лица представляет обширное направление воззрений. К самым известным теориям фикции (олицетво-

¹ *Миронов И.Б.* Совет дома как способ повышения эффективности управления многоквартирным домом // Семейное и жилищное право. 2012. № 1. С. 16.

рения) можно отнести саму теорию фикции, разработанную папой римским Иннокентием IV и доработанную Ф.К. фон Савиньи, теорию олицетворения имущества К. Белау, теорию целевого имущества А. фон Бринца, теорию коллективной собственности М. Планиоля, теорию интереса Р. фон Иеринга, теорию правового средства Б.И. Пугинского.

Первый юридический догмат, объясняющий сущность юридического лица, возник в Средние века в связи с необходимостью установления местными епархиями возможности отлучения тех или иных «хозяйствующих субъектов» от божьей благодати и милости церкви¹, т.е. обществу понадобился некий ориентир для реализации властных полномочий в отношении новых участников правоотношений. Папа римский Иннокентий IV в 1245 г. не только дал новым субъектам определение, но и ввел термин для их правового обозначения. «Юридическое лицо существует лишь в понятии и благодаря фикции, оно не одарено телом, а значит, не обладает волей. Действовать могут только его члены, но не сама корпорация, потому корпорация не может ни совершить преступления, ни быть отлученной от церкви»². Первая фикционная теория настолько ярко отметила природу юридического лица, что достаточно долго удовлетворяла потребности практики и получила свое дальнейшее развитие лишь в первой половине XIX в. в трудах Ф.К. фон Савиньи³. Савиньи отмечал искусственность юридического лица не только на уровне обыденного понимания, состоящего в том, что юридического лица фактически не существует и за искусственной оболочкой скрываются люди, он также отмечал заслугу права в формировании искусственной оболочки, состоящую в том, что возникновение и деятельность юридического лица возможны благодаря праву. Он ввел такой признак юридического лица, как наличие обособленного от физических лиц имущества и самостоятельной имущественной ответственности юридического лица по своим обязательствам⁴. Ф.К. фон Савиньи отметил, что в нем искусственно все, так как за деятельностью юридического лица стоят лица физические. Единственная отличительная черта юридических лиц, как отмечал Л.Л. Герваген, заключается лишь в том, что они имеют имущество. Признак имущественной обособленности юридического лица, с его точки зрения, приобретает в структуре юридического лица единственно важное значение. Но почему нельзя было повторить искусственность конструкции юридического лица и в признаке имущественной обособленности? Почему нельзя сказать, что и имущество юридического лица на самом деле ему не принадлежит, так как сформировано из имущества его учредителей (участников), прибыль делится между физическими лицами и в случае ликвидации юридического лица имущество возвращается учредителям (участникам)?

Потому что в конце концов все, что принадлежит юридическому лицу, — это его имущество. Без имущества невозможны создание самого юридического лица, его регистрация и осуществление деятельности. Имущественная обособленность служит той основой, на которой осуществляется деятельность юридического лица

¹ См.: *Грешников И.П.* Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. СПб., 2002. С. 29.

² *Дювернуа Н.Л.* Конспект лекций по гражданскому праву. Вып. 2. СПб., 1886. С. 31–32.

³ См.: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 74.

⁴ См.: *Маньковский И.А.* Теории сущности юридического лица // Российский юридический журнал. 2010. № 4. С. 119.

вообще. Имущество юридического лица принадлежит ему непосредственно, подчинено особому правовому режиму и составляет ту его особенность, которая наиболее тесно связана с фигурой юридического лица.

Теория олицетворения имущества К. Белау закрепляет, что имущество, служащее определенной цели, для пользы людей, играет посредством действий представителей роль лица¹. Для того чтобы юридическое лицо могло существовать, по мнению Белау, требуется, во-первых, имущество, действительно не имеющее хозяина (здесь, видимо, Белау имел в виду не имеющее иного хозяина, кроме самого юридического лица) и не находящееся в данный момент в обороте; во-вторых, имущественная цель, не имеющая в виду пользы какого-либо отдельного человека; и, наконец, в-третьих, закон, позволяющий, чтобы имущество играло роль лица. Л.Л. Герваген писал: «Следующим образом Белау доказывает свою теорию: 1) нет права без субъекта; 2) субъектом прав может быть только человек; 3) в действительности, однако, существуют имущества, не принадлежащие ни одному физическому лицу; 4) другими словами, существуют имущества, *de facto* не имеющие хозяина, т.е. противоречие между логикой права и потребностью жизни, которое возможно удалить только прибегая к фикции; 7) фикция теории олицетворения, однако, неверна, ибо она противоречит второму положению; 8) вернее говорить, что имущество, в действительности не имеющее хозяина, рассматривается правом... как будто в самом деле человек был бы субъектом; следовательно, имущество не представляется лицом, а играет лишь роль лица». Положения теории Белау как бы развивают представления Савиньи о том, что единственное, что не является в юридическом лице фикционным, это его имущество, только Белау считает, что право придает единственно реальному свойству юридического лица роль субъекта права. С позиции теории гражданского правоотношения если юридическое лицо есть имущество, то получается, что правоотношение с участием юридического лица приобретет следующую структуру: субъект — юридическое лицо — имущество. Объект — имущество, как объект прав гражданских. Получается, что имущество юридического лица является и субъектом и объектом гражданского правоотношения. Значит, с Белау необходимо согласится во всем, кроме придания имуществу роли субъекта права.

Теория целевого имущества признает возможность существования права без субъекта и даже имеет альтернативное название «теория бессубъектных прав». Основоположник этой теории А. фон Бринц считал, что каждое юридическое лицо образовано и существует для достижения определенной цели. Юридическое лицо не что иное, как целевое имущество, которое никому не принадлежит, в связи с чем имущество, служащее известной цели, олицетворяется, становится лицом. Бринц считал, что как отдельная вещь, так и целое имущество может принадлежать не только кому-либо, но и чему-либо: какой-либо цели, для служения которой это имущество предназначено. Таким бессубъектным целевым имуществом является имущество юридического лица². Если рассматривать положения этой теории в соотношении с теорией Белау, то необходимо отметить, что Бринц вместо придания

¹ См.: Бородин В.В., Хохлов Е.Б. Понятие юридического лица: история и современная трактовка // Государство и право. 1993. № 3. С. 154.

² См.: Архипов С.И. Сущность юридического лица // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2004. № 5. С. 72.

имуществу статуса субъекта говорит, что субъекта вообще нет. Характер субъекта приобретает цель деятельности юридического лица.

Таким образом, основные положения теории фикции относительно признака имущественной обособленности сводятся к тому, что имущество юридического лица благодаря конструкции юридического лица рассматривается как индивидуальная собственность самого юридического лица, а не как общая собственность его учредителей (участников). Для обеспечения самостоятельного участия юридического лица в гражданском обороте имущество юридически и фактически обособлено от имущества учредителей (участников) юридического лица, а также от контрагентов юридического лица.

Группа реалистических теорий включает в себя теорию реальности юридического лица Г. Безелера, органическую теорию О. фон Гирке, институциональную теорию М. Ориу, теорию коллектива А.В. Венедиктова, теорию государства С.И. Аскназия, теорию директора Ю.К. Толстого, теорию социальной реальности Н.Г. Александрова, теорию социальных связей О.А. Красавчикова¹.

Суть всех реалистических теорий сводится к признанию юридического лица как субъекта права через признание воли учредителей (участников) волей самого юридического лица, которая воплощается в решения органа юридического лица, директора, государства, коллектива, и т.п. Данная группа теорий акцентирует внимание на субъекте права, ставя на второй план вопросы имущественной обособленности. Имущество рассматривается как принадлежность субъекту права, как вещное право субъекта. Поэтому основная суть имущественной обособленности юридического лица отражена в фикционных теориях юридического лица.

А.В. Зубарев,

аспирант кафедры гражданского и международного частного права,
ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете

Роль принципа диспозитивности в компетенции общего собрания общества с ограниченной ответственностью

Многие проблемы управления в обществе с ограниченной ответственностью связаны с деятельностью коллективных органов управления общества и в том числе общего собрания участников общества. Некоторые аспекты работы общего собрания на законодательном уровне урегулированы недостаточно и требуют дополнительного нормативного регулирования. Общее собрание участников общества с ограниченной ответственностью является высшим органом управления общества (п. 1 ст. 32 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»). Реализуя свои полномочия, общее собрание участников решающим образом влияет на деятельность общества с ограниченной ответственностью. Вопросы, имеющие отношение к компетенции общего собрания и определяющие порядок

¹ См.: *Архипов С.И.* Указ. соч. С. 76; *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 308–309; *Маньковский И.А.* Указ. соч. С. 118.

его деятельности, являются первостепенно важными для участников общества и, соответственно, требуют особого внимания законодателя.

Порядок деятельности общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью по сравнению с деятельностью других органов управления общества урегулирован наиболее подробно. Тем не менее законодатель, видимо, намеренно оставляет достаточно широкий круг вопросов для самостоятельного внутреннего регулирования участниками общества. Согласно п. 2 ст. 33 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» к исключительной компетенции общего собрания участников общества относятся: 1) определение основных направлений деятельности общества, а также принятие решения об участии в ассоциациях и других объединениях коммерческих организаций; 2) изменение устава общества, в том числе изменение размера уставного капитала общества; 3) образование исполнительных органов общества и досрочное прекращение их полномочий, а также принятие решения о передаче полномочий единоличного исполнительного органа общества управляющему, утверждение такого управляющего и условий договора с ним, если уставом общества решение указанных вопросов не отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества; 4) избрание и досрочное прекращение полномочий ревизионной комиссии (ревизора) общества; 5) утверждение годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов; 6) принятие решения о распределении чистой прибыли общества между участниками общества; 7) утверждение (принятие) документов, регулирующих внутреннюю деятельность общества (внутренних документов общества); 8) принятие решения о размещении обществом облигаций и иных эмиссионных ценных бумаг; 9) назначение аудиторской проверки, утверждение аудитора и определение размера оплаты его услуг; 10) принятие решения о реорганизации или ликвидации общества; 11) назначение ликвидационной комиссии и утверждение ликвидационных балансов; 12) решение иных вопросов, предусмотренных Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью» или уставом общества.

В соответствии с п. 2 ст. 33 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» данные вопросы, а также другие отнесенные в соответствии с законом к исключительной компетенции общего собрания участников общества вопросы не могут быть отнесены уставом общества к компетенции иных органов управления обществом. М.Ю. Тихомиров, обосновывая целесообразность указанной нормы, утверждает, что реальное участие в управлении состоит в том, что закон определяет перечень наиболее принципиальных вопросов жизни общества, которые рассматриваются исключительно его высшим органом — общим собранием. Однако одно лишь перечисление вопросов, которые должны рассматриваться на общем собрании, недостаточно для обеспечения реального права участника общества на участие в управлении его делами. Поэтому в законе содержится еще одно важное положение, касающееся недопустимости передачи вопросов, составляющих исключительную компетенцию общего собрания, на решение других органов управления. Отсутствие такого положения могло бы привести к тому, что в результате делегирования полномочий общего собрания другим управленческим органам участники общества могут оказаться в ситуации, когда они фактически отстраняются от управления обществом.

Позиция М.Ю. Тихомирова находится в контексте логики законодателя по жесткому законодательному закреплению принципиально важных, на его взгляд, ас-

пектов деятельности общества с ограниченной ответственностью. Однако остается неясным, как указанная точка зрения соотносится с реализуемым в корпоративных отношениях важным принципом диспозитивности. Существующая законодательная конструкция не позволяет высшему органу управления общества с ограниченной ответственностью, а более того, лицам, создавшим само общество и (или) владеющим им, до конца определять, как указанное общество будет управляться. Фактически участники общества просто не могут возложить все вопросы управления на наемных работников, и вынуждены быть в той или иной степени вовлечены в работу общества. Такая ситуация противоречит сущности общества с ограниченной ответственностью, которое является не объединением лиц, вовлеченных в его деятельность, но лишь объединением капиталов. Представляется, что ключевым вопросом выступает не вопрос о жестком слепом запрете на отстранение участников общества от его управления, а информированность о таком отстранении и его полная осознанность. Думается, что можно было бы допустить передачу вопросов исключительной компетенции общего собрания иным органам только, например, по единогласному решению всех участников общества. Принимая решение единогласно, участники целенаправленно желали бы наступления конкретных правовых последствий, причем без ущемления интересов миноритарных участников. При этом соответствующее решение не могло бы отрицательно сказаться на гражданском обороте в целом, так как все функции общего собрания сохранились бы у других органов общества, и могло бы повлиять только на правовое положение самих участников, готовых к соответствующим последствиям.

Развитие позиции о недопустимости ограничения полномочий общего собрания участников общества с ограниченной ответственностью как его высшего органа управления присутствует в работе С.А. Макарова, который утверждает, что поскольку высшим органом общества с ограниченной ответственностью является общее собрание его участников, закон не должен содержать каких-либо ограничений компетенции общего собрания. Общему собранию должно быть предоставлено право решать не только вопросы, прямо отнесенные к его компетенции законом или уставом общества, но и любые другие вопросы деятельности общества.

Однако видится излишним внесение каких-либо дополнений в нормативное регулирование указанного вопроса. Законодательно отсутствует прямой запрет на вмешательство общего собрания в какие-либо аспекты деятельности общества. С учетом отсутствия такого запрета, действующего в корпоративных отношениях принципа «что не запрещено, то разрешено» и нормативно декларированного статуса общего собрания как высшего органа управления общества, не возникает никаких сомнений в наличии у общего собрания права принимать на свое усмотрение решение по любым вопросам деятельности общества.

Обобщая отечественный и западный опыт развития управления в обществах с ограниченной ответственностью в последние годы, следует согласиться с Т.В. Кашаниной, которая в отношении акционерных обществ, что в полной мере может быть применено и к обществам с ограниченной ответственностью, отмечает: «Опыт западных стран показывает, что развитие корпоративного строя, сопровождающееся все большим укрупнением корпораций, неуклонно ведет к снижению роли общих собраний в жизни корпораций. Аргументы, объясняющие этот процесс, сводятся к следующему: 1) чем больше по своим размерам корпорация, тем

апатичнее ведут себя акционеры; 2) они не имеют квалификации в вопросах деятельности корпорации, не знают текущих дел общества; 3) акционеров фактически невозможно привлечь к ответственности за принятые решения; 4) следует учитывать и издержки, связанные с проведением частых и длительных собраний. Одним словом, американские ученые отмечают, что система управления, опирающаяся в основном на решения акционеров, была бы подобна государству, управляемому путем постоянного проведения референдумов».

Таким образом, наблюдаемое в настоящее время укрупнение обществ с ограниченной ответственностью, их внедрение в различные сферы производства и аккумулярование значительного капитала, ведущее к дальнейшему усложнению структуры обществ, с большой долей вероятности, как и в случае с акционерными обществами, приведут в конечном итоге к изменению системы управления в обществах с ограниченной ответственностью и постепенному снижению роли общих собраний по сравнению с другими органами управления, что в свою очередь потребует в будущем соответствующего изменения законодательства.

Ф.С. Карагузов,

д.ю.н., профессор (Алматы, Казахстан)

Научное наследие Г.Ф. Шершеневича и корпоративное законодательство Республики Казахстан

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича приобрели особую значимость с началом пересмотра в конце советского периода государственной идеологии по вопросам экономического развития и управления народным хозяйством, когда на законодательном уровне началось восстановление гражданского права, основанного на ныне закрепленных в ГК Республики Казахстан принципах. Так, с принятием 31 мая 1991 г. Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик (далее — Основы), помимо многого другого, было допущено учреждение хозяйственных обществ и товариществ для ведения предпринимательской деятельности на основе объединения имущества их членов. И именно ставшие в первой половине 1990-х годов доступными для нас учебники, написанные Г.Ф. Шершеневичем (наряду с работами других выдающихся ученых — классиков российской цивилистики), позволили более полно разобраться в новых для казахстанского законодательства концепциях и понять их значение для гражданского оборота. В настоящее же время, по прошествии более 20 лет после принятия Основ, казахстанское законодательство в ряде вопросов подверглось столь заметному изменению, что настало время по целому ряду вопросов вновь обратиться к научному наследию Г.Ф. Шершеневича.

Так, например, казахстанским цивилистическим сообществом позитивно воспринимается изложенная в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации идея о законодательном закреплении деления юридических лиц на корпорации (построенные на началах членства) и некорпоративные (унитарные) организации. Как мы понимаем, основой такой классификации пред-

лагается установить критерий различия организационных структур организаций соответствующих видов.

Вместе с тем еще создателями проекта российского Гражданского уложения юридические лица делились на корпорации и установления. В свою очередь Г.Ф. Шершеневич разделял их на соединения лиц и учреждения, полагая, что соединение лиц создается для реализации однородных интересов всех его участников, а учреждение создается для особой цели, независимой от личных интересов его учредителей. В обороте учреждения выступают как особые субъекты имущества, предоставляемого им их учредителями («теми субъектами, которые для этого выделили соответствующую часть из своего имущества»).

Наш учитель, профессор Ю.Г. Басин, также разделял юридические лица на самоучреждающиеся и учреждаемые в зависимости от того, каков характер права учредителя на имущество образованного им юридического лица, какова форма закрепления имущества за юридическим лицом (на праве собственности или на праве хозяйственного ведения). Этим он определенно противопоставлял государственные предприятия юридическим лицам, чье имущество складывается из долей или паев, принадлежащих другим субъектам (т.е. корпорациям).

В связи с этим в целях разделения юридических лиц на корпорации и унитарные организации признак, основанный именно на режиме имущества юридического лица, представляется более обоснованным, нежели предлагаемое упомянутой Концепцией различие в организационной структуре юридических лиц. В зависимости от формы закрепления имущества за юридическим лицом у его учредителя (учредителей) возникают обязательственные или вещные права на это имущество (или не возникает никаких прав, если говорить о некоторых формах некоммерческих организаций). И уже только природа этих прав обуславливает возникновение, определенное содержание и состав правомочий учредителей по отношению к создаваемому юридическому лицу, что в свою очередь диктует и регламентацию определенной организационной структуры юридического лица.

Другой момент, когда следует более внимательно прислушаться к мнению Г.Ф. Шершеневича, обусловлен вопросом о допустимости участия государства в хозяйственном товариществе.

Понятно, что государство не может участвовать в товариществах определенных видов на правах полного товарища, поскольку для этого требуется личное участие. Однако казахстанским Законом «О государственном имуществе» допускается и регламентируется участие государства в капитале товарищества с ограниченной ответственностью.

В этом отношении Г.Ф. Шершеневич указывал, что хозяйственные (торговые) товарищества относятся к категории частных юридических лиц, поскольку они создаются их участниками на основе гражданско-правового договора, в силу сделки частноправового характера. Поэтому хозяйственное товарищество любого вида следует рассматривать как форму частного предпринимательства: формируемое негосударственными субъектами, оно представляет собой инструмент осуществления частных экономических интересов. Более того, оно является формой ведения преимущественно малого и среднего предпринимательства, и в этой сфере целесообразно обеспечить возможности для проявления инициативы граждан и не создавать условий объективно неравноправного взаимодействия между государством и частными предпринимателями.

А в тех редких случаях невозможности или нецелесообразности преследования частных интересов в определенных сферах социально-экономических отношений, законодательством регламентируется отдельная организационная форма государственного предприятия, позволяющая на основе отдельных правил осуществлять государственное предпринимательство, избегая использования дискриминационных механизмов для участников рынка в рамках одинаковых организационных форм. Здесь снова следует вспомнить предложенное Г.Ф. Шершеневичем разделение юридических лиц на публичные («устанавливаемые помимо воли частных лиц») и частные («устанавливаемые по воле лиц, входящих в их состав»).

В заключение напомним, что в течение последних нескольких лет в Казахстане пытаются создать некий предпринимательский кодекс. В связи с этим под угрозой находится целостность и методологическое единство казахстанской системы права, а также эффективность и стабильность гражданского оборота и социально-хозяйственных связей. Наиболее негативным моментом в данном случае является то, что, согласно этому проекту, предпринимательскому кодексу придается самостоятельность за счет его противопоставления ГК РК и не предполагается четкая регламентация соотношения норм ГК РК и ПК РК в процессе их практического применения. В этих своих усилиях разработчики ПК РК ссылаются на концепцию хозяйственного права и по необъяснимой причине оставляют без внимания теорию и традиции современного казахстанского частного права, неоспоримые достижения цивилистической мысли.

В том числе без внимания остаются научные выводы Г.Ф. Шершеневича, которые в контексте данного вопроса сохраняют свою актуальность, позволяя, как отмечает Е.А. Суханов, «разобраться в существе и даже в форме ведущихся сейчас (в России по состоянию на 1994 г. — Ф.К.) дискуссий на тему о необходимости развития самостоятельного торгового (предпринимательского, коммерческого) права». Вероятно, такое игнорирование связано с тем, что в трудах Г.Ф. Шершеневича «бесполезно искать корни этой «концепции»».

Сам Г.Ф. Шершеневич в «Учебнике торгового права»¹ с бесспорной однозначностью указывал на то, что «как часть целого... торговое право находится в тесной связи с гражданским правом. То и другое имеют своим предметом нормы, регулирующие частные отношения граждан данного государства»². Рассматривая соотношение торгового и гражданского права, он утверждал, что «торговое право вовсе не представляет собой самостоятельной науки. Оно составляет лишь часть гражданского правоведения». Одновременно он определял торговое право как «совокупность норм частного права, имеющих ближайшее соприкосновение с торговым оборотом»³. При этом, анализируя исторические условия возникновения и обоснованность поддержки дуализма частного права, он высказался за «желательность установления полного единства частного права»⁴.

Казахстанские цивилисты практически единодушно выступили против самой идеи предпринимательского кодекса и против его проекта, в чем получили активную поддержку со стороны иностранных ученых. В этом вопросе мы исходим из

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994.

² Там же. С. 28.

³ Там же. С. 29.

⁴ Там же. С. 29—30.

позиции, которую с предельной ясностью выразил Е.А. Суханов, указав, что «торговое (коммерческое) право как разновидность частного (гражданского) права не имело и не может иметь ничего общего с концепцией так называемого «хозяйственного права», пытающегося с учетом веяний времени преобразоваться в некое «предпринимательское право»».

А.С. Касатов,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Современные тенденции развития учения о дееспособности несовершеннолетних предпринимателей

Юридическая практика последних лет показывает, что несовершеннолетние лица все больше занимаются предпринимательской деятельностью. Это происходит из-за усиления глобализационных и интеграционных процессов в экономике страны. В этой связи и сегодня изучение вопросов способности несовершеннолетних лиц иметь и осуществлять, непосредственно или через своих представителей, юридические права и обязанности не теряет своей значимости и актуальности. Отметим, что исследованием проблемы дееспособности несовершеннолетних лиц правоведы занимались на протяжении долгого времени. Особо среди них следует выделить труды таких великих цивилистов, как Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Д.И. Мейер и др. Однако в рамках данной статьи мы остановимся на научной позиции, выработанной Г.Ф. Шершеневичем. Обращение к его трудам связано с развитием учения о дееспособности несовершеннолетних предпринимателей.

В настоящее время существует несколько понятий, которые раскрывают способность лица быть участником правоотношений. Однако единого определения понятия правосубъектности нет. На наш взгляд, правосубъектность — это способность, которая устанавливается и гарантируется государством, а также предоставляет лицу возможность быть участником гражданских правоотношений. Исходя из этого, лицами, обладающими всеми элементами правосубъектности, являются юридические и физические лица, достигшие совершеннолетнего возраста. Стоит отметить, что Г.Ф. Шершеневич не выделял отдельно понятие правосубъектности. Однако он в своих трудах говорил о правоспособности и дееспособности. На современном этапе выделяют правоспособность и дееспособность в составе правосубъектности. Правоспособность — это способность иметь и приобретать права, т.е. быть субъектом прав и обязанностей, а дееспособность — это способность самостоятельно устанавливать отношения посредством юридических сделок¹, которая возникает по достижении 18-летнего возраста. Таким образом, граждане Российской Федерации, не достигшие 18 лет, являются частично дееспособными.

Для несовершеннолетних лиц гражданское право предусмотрело разграничение объема дееспособности по возрасту. В ст. 26 ГК РФ установлен объем дееспособности

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 62.

способности несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет, в ст. 28 — дееспособность малолетних, т.е. лиц в возрасте от 6 до 14 лет, а в ст. 27 ГК РФ, в порядке исключения, предусмотрена возможность при определенных условиях получения несовершеннолетним лицом дееспособности в полном объеме. Такими условиями являются: а) наступление несовершеннолетнему лицу 16 лет, б) согласие обоих родителей и в) если несовершеннолетний работает по трудовому договору, в том числе и по контракту, либо с согласия родителей занимается предпринимательской деятельностью; если же у несовершеннолетнего нет родителей (усыновителей), а также если родители лишены судом родительских прав — то с согласия попечителей. Г.Ф. Шершеневич в своих трудах также отмечал, что без письменного согласия попечителя несовершеннолетний не может делать долги, давать письменные обязательства и совершать акты и сделки какого-либо рода, а равно распоряжаться капиталами, где-либо в обращении находящимися, или получать таковые обратно из кредитных установлений¹.

Из вышесказанного можно сделать вывод о том, что в Российской Федерации гражданин, не достигший возраста гражданского совершеннолетия, может заниматься предпринимательством, если он объявлен полностью дееспособным решением органа опеки и попечительства или суда либо получил согласие родителей на осуществление предпринимательской деятельности. Данный вывод подтверждает и судебная практика времен Г.Ф. Шершеневича. Она устанавливала, что недействительны письменные обязательства, выданные несовершеннолетними, а что касается сделок, допускаемых в словесной форме, то несовершеннолетние могут заключать их без согласия попечителя. Если же для каждой такой сделки требуется согласие попечителя и последний не вправе дать общего согласия раз и навсегда, без прямого дозволения на то со стороны закона, то, очевидно, не может быть и речи о самостоятельном производстве торговли. Всякое такое обязательство, взятое на себя несовершеннолетним, без скрепления акта подписью попечителя, будет недействительно².

Таким образом, сделка, совершенная несовершеннолетними без согласия законных представителей, может быть оспорена, потому как согласие на предпринимательскую деятельность несовершеннолетнего не влечет за собой освобождения его от контроля и ответственности родителей и органов опеки и попечительства — как раньше, так и сейчас. Так, в частности, исходя из анализа п. 1 и 2 ст. 26 ГК РФ, несовершеннолетний, занимающийся предпринимательством с согласия обоих родителей, должен получать письменное согласие законного представителя на совершение каждой коммерческой сделки, если она не является сделкой по распоряжению собственными доходами или результатами своей интеллектуальной деятельности.

Несовершеннолетние лица не могут осуществлять предпринимательскую деятельность в полной мере. Прежде всего, это связано с тем, что согласно ст. 175 ГК РФ отдельная сделка, совершенная несовершеннолетними без согласия законных представителей может быть оспорена, поэтому контрагенты несовершеннолетнего лица, занимающегося предпринимательской деятельностью, постоянно находятся под риском признания заключенных сделок недействительными. Также воз-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб., 1908. С. 66.

² См. там же. С. 66.

ложение субсидиарной ответственности за причиненный несовершеннолетним вред на его представителей противоречит сущности предпринимательства как деятельности, осуществляемой на свой риск. Для решения проблемы возложения субсидиарной ответственности за причиненный несовершеннолетним вред на его представителей в гражданское законодательство и был введен институт эмансипации.

Стоит отметить, что Г.Ф. Шершеневич в своих трудах не рассматривал существование института эмансипации в России, но выделял его в иностранных государствах.

Как и многие ученые, Г.Ф. Шершеневич выступал против стремления сократить общегражданский возраст для торговой дееспособности и лишить несовершеннолетних всех льгот. По его словам, «ограничение дееспособности лиц, не достигших совершеннолетия, имеет в основании желание охранить лицо, еще не достаточно зрелое, неопытное, мало знакомое с юридическими последствиями совершаемых действий и недостаточно ясно сознающее их фактическое значение для себя. Опытность несовершеннолетнего не увеличивается от того, что он открывает торговлю и вступает в торговые отношения. Напротив, торговля требует такой опытности и знания дела, такой значительной способности предвидеть отдаленные последствия, каких невозможно ожидать от несовершеннолетнего. Торговые отношения требуют большей зрелости, чем общегражданские»¹.

Подводя итог, стоит отметить, что значительный вклад в развитие учения о дееспособности несовершеннолетних предпринимателей внес Г.Ф. Шершеневич. Его труды дали толчок развитию правоспособности несовершеннолетних лиц. На современном этапе несовершеннолетние могут заниматься предпринимательской деятельностью как без объявления их эмансипированными, ибо ГК РФ прямого запрета не устанавливает, лишь возраст, по достижении которого возможно осуществление такой деятельности, так и посредством эмансипации. Первый путь сложнее для осуществления предпринимательской деятельности, но безопаснее в смысле правовых последствий для имущественного состояния несовершеннолетнего. Второй — способствует развитию предпринимательства подростка, так как он может осуществлять на свой риск эту деятельность, но не охраняет имущество несовершеннолетнего от банкротства.

Однако остается неразрешенным вопрос, что же лучше для несовершеннолетнего? По нашему мнению, эмансипация хоть и способствует развитию предпринимательства подростка, но не защищает от правовых последствий для имущественного состояния несовершеннолетнего. Для занятия предпринимательской деятельностью требуется определенный опыт, который приходит с годами. Не думаем, что несовершеннолетнее лицо способно осуществлять предпринимательскую деятельность на свой страх и риск, осознанно понимать значение заключаемых им сделок. Поскольку в этом возрасте граждане мало знакомы с юридическими последствиями совершаемых действий и недостаточно ясно осознают эти последствия для себя. И опыт несовершеннолетнего не увеличивается от того, что он открывает торговлю и вступает в предпринимательские отношения.

Исходя из сказанного, можно сделать определенный вывод о том, что все-таки Г.Ф. Шершеневич был прав, и с этим мы согласны, утверждая, что для России не актуален институт эмансипации.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 67.

А.А. Клячин,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный исследовательский университет

Государственная регистрация юридических лиц в свете изменения гражданского законодательства

С момента принятия действующего Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» прошло уже более 10 лет. Он был принят в 2001 г. на волне борьбы с административными барьерами в области предпринимательской деятельности, и его ключевой задачей было упрощение и ускорение процедуры регистрации юридических лиц, а впоследствии и индивидуальных предпринимателей.

Основными особенностями закона было установление явочного порядка государственной регистрации юридических лиц с минимальным количеством оснований для отказа в такой регистрации.

Необходимо признать, что с поставленными задачами по упрощению и ускорению процедуры государственной регистрации юридических лиц закон успешно справился. Зарегистрировать юридическое лицо сейчас может и лицо, не обладающее юридическим образованием, процедура проста и понятна, а официальный сайт Федеральной налоговой службы и другие интернет-ресурсы содержат необходимые разъяснения.

Достоинством изменения законодательства стало также введение принципа «единого окна», когда достаточно обратиться в регистрирующий орган с заявлением о государственной регистрации, а постановкой на налоговый учет и иной учет занимается сам регистрирующий орган.

Однако происходящие в гражданском обороте процессы, в первую очередь распространение так называемых фирм-однодневок, применяемых для различного рода незаконных операций, заставило ученых и практиков говорить о недостатках действующего законодательства и необходимости его корректировки, а некоторых из них — о коренных изменениях, в том числе о возврате к нормативно-явочному порядку регистрации.

Данная позиция нашла свое отражение в Концепции развития гражданского законодательства РФ¹ (далее — Концепция), в которой в качестве основных нововведений предлагается: во-первых, установление принципа достоверности данных государственного реестра юридических лиц; во-вторых, установление обязательной проверки достоверности и соответствия действующему законодательству учредительных документов; в-третьих, определение в качестве единственных органов, осуществляющих государственную регистрацию юридических лиц и ведение государственного реестра юридических лиц, органов юстиции.

Противники столь радикальных изменений системы государственной регистрации говорят о возможном снижении активности субъектов малого и среднего биз-

¹ Концепция развития гражданского законодательства; подготовлена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

неса из-за возврата административных барьеров, которые существовали до принятия закона и существуют сейчас при регистрации некоммерческих организаций.

Представляется, что форма предлагаемых авторами Концепции изменений не решает существующих проблем, а действительно введет те административные барьеры, которые были до введения закона. Эти барьеры коснутся обычных, добросовестных предпринимателей, а не лиц, специализирующихся на создании «фирм-однодневок».

Ведь те, кто занимается созданием и регистрацией «фирм-однодневок», очень хорошо знают действующее законодательство и тщательно оформляют представляемые документы. Проверить же достоверность данных по поступающим документам не представляется возможным.

В данном случае плюсы простой, понятной и отлаженной системы государственной регистрации юридических лиц будут потерянны.

Для выхода из сложившейся ситуации необходимо еще раз обратиться к сути действующего Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

Его основной идеей является то, что ответственность за достоверность в представляемых документах, в том числе учредительных несет заявитель, а также за соблюдение порядка учреждения, в том числе оплаты уставного капитала. В данном случае для обеспечения возможности привлечения к ответственности заявителя была установлена нотариальная форма удостоверения подписи на заявлении о государственной регистрации юридического лица.

Однако специальная ответственность, которая подразумевалась для заявителя, сначала не была законодательно установлена, а впоследствии практически не применялась и не применяется в настоящее время.

Видится более правильным сохранить действующий явочный порядок государственной регистрации юридических лиц с устранением тех недостатков, которые указываются в Концепции. Это возможно осуществить путем внесения в Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и иное законодательство следующих изменений.

Во-первых, в качестве заявителей при государственной регистрации юридического лица при создании должны выступать все его учредители. Это позволит избежать включения в состав учредителей лиц, не участвовавших в учреждении юридического лица, паспортные данные которых оказались в руках недобросовестных лиц. Об этом говорится в п. 2.2 Концепции со ссылкой на опыт Нидерландов. Исключение из этого правила возможно ввести в отношении отдельных организационно-правовых форм с большим количеством учредителей, например открытых акционерных обществ с установлением иных форм проверки достоверности данных.

Дополнительно на нотариусов можно возложить обязанность разъяснять последствия в виде соответствующей ответственности за представление недостоверной информации или нарушение порядка учреждения юридического лица. Это позволит исключить выступление в качестве учредителей лиц, которые являются так называемыми номинальными учредителями и действуют по просьбе третьих лиц.

Директор не должен выступать в данном случае в качестве заявителя, поскольку он не обладает достоверной информацией о соблюдении процедуры учреждения юридического лица.

Во-вторых, установить административную и уголовную ответственность за предоставление заявителями недостоверной информации в регистрирующий орган при учреждении юридического лица. Об этом также говорится в п. 2.2 Концепции. При этом для привлечения к административной ответственности предусмотреть формальный состав, а для привлечения к уголовной — материальный состав преступления, при котором в качестве квалифицирующего признака будет причинение ущерба государству или другим лицам.

С учетом изменений, предложенных выше, это позволит довести до конца идею, на которой строится действующий Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», исходя из которой ответственность за достоверность представляемых данных несет заявитель. Следовательно, возможно говорить о корректировке действующего законодательства о государственной регистрации юридических лиц, а не о кардинальных изменениях системы.

Н.Э. Мигукина,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Аффилированность в системе юридических конструкций гражданско-правовой отрасли

Традиционно в правовой сфере используется категория «аффилированное лицо». При этом в различных словарях под «аффилированными лицами» обычно понимаются физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и(или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность¹. Однако существующие правовые реалии в области гражданского права свидетельствуют о необходимости выработки общего представления об аффилированности как юридической конструкции, носящей цивилистический характер.

Сегодня использование юридической конструкции аффилированности в гражданском праве преимущественно связано с регулированием деятельности юридических лиц. Указанная конструкция применяется, в частности, к регулированию следующих видов гражданских отношений: 1) отношений между юридическим лицом и его аффилированными лицами в процессе совершения таким юридическим лицом крупных сделок и сделок с заинтересованностью (сделок при конфликте интересов); (2) отношений между хозяйственным обществом и хозяйственным товариществом, являющимся основным по отношению к дочернему; (3) отношений между обществом, с одной стороны, и дочерним обществом — с другой; (4) отношений по обязательствам юридического лица между учредителями (участниками), собственника имущества или других лиц, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом имеют возможность определять его действия по обязательствам юридического лица при банкротстве,

¹ <http://www.slovari-online.ru/word/.htm>

если несостоятельность (банкротство) юридического лица вызвана действиями указанных лиц; (5) отношений между отдельным лицом и его аффилированными лицами, с одной стороны, и акционерным обществом – с другой по приобретению крупного пакета акций; (6) отношений в сфере несостоятельности (банкротства).

С чем же связано применение указанной юридической конструкции к сфере деятельности юридического лица в гражданско-правовых отношениях? Прежде всего, с правовой природой юридического лица как фикции. В соответствии с п. 2 ст. 1 ГК РФ граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. В соответствии с п. 1 ст. 9 ГК РФ граждане и юридические лица осуществляют принадлежащие им гражданские права по своему усмотрению. По мнению Гирке, субъект права, будь то индивид или союз людей, всегда имеет в своей основе волю как пружину внешних движений¹.

Однако специфика юридического лица как субъекта правовых отношений связана с тем, что его волю формируют и выражают вовне другие субъекты (преимущественно физические лица), которые обладают собственной волей, собственными интересами, зачастую несовпадающими с интересами юридического лица, от имени которого они выступают. В связи с этим нормативное закрепление юридической конструкции аффилированности в гражданском праве выступает правовым средством, обеспечивающим функционирование юридического лица как самостоятельного субъекта гражданско-правовых и иных отношений, гражданско-правовым механизмом защиты интересов и подлинной воли юридического лица от злоупотреблений лиц, способных определять его действия. Таковую же роль выполняет указанная юридическая конструкция применительно к деятельности индивидуальных предпринимателей в случае, например, когда хозяйственную деятельность такого предпринимателя осуществляет нанятый им директор.

Вместе с тем отношения с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей не являются единственной сферой использования указанной гражданско-правовой конструкции. Так, например, в отношениях, связанных с несостоятельностью (банкротством), юридическая конструкция аффилированности применяется для регулирования отношений несостоятельности (банкротства) как юридических лиц, так и граждан (ст. 19, 202 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»).

Конструкция аффилированности усматривается также в отношениях, связанных с опекой и попечительством. Так, в соответствии со ст. 37 ГК РФ распоряжение имуществом подопечного со стороны опекуна и попечителя производится исключительно в интересах подопечного. Опекун, попечитель, их супруги и близкие родственники не вправе совершать сделки с подопечным, за исключением передачи имущества подопечному в качестве дара или в безвозмездное пользование, а также представлять подопечного при заключении сделок или ведении судебных дел между подопечным и супругом опекуна или попечителя и их близкими родственниками (п. 3 ст. 37 ГК РФ).

¹ Gierke. Die Gennossenschaftsrecht. Т. I–III. 1868, 1873, 1881 (цит. по: Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000. С. 98).

Полагаем также, что юридическая конструкция аффилированности включается в нормы о представительстве и, в частности, в норму, содержащуюся в п. 3 ст. 182 ГК РФ, в соответствии с которой представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично. Он не может также совершать такие сделки в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев коммерческого представительства.

Перечисленные нами выше примеры отношений, регулируемых с использованием конструкции аффилированности, ее роль и назначение в гражданском праве позволяют сделать вывод о ее месте в системе юридических конструкций гражданского права. Полагаем, что указанная юридическая конструкция должна быть нормативно закреплена в гражданском праве следующим образом:

- посредством единой нормы, содержащейся в общей части гражданского права, распространяющейся в отношении всех субъектов гражданско-правовых отношений;
- посредством норм, действующих в отношении отдельных субъектов гражданско-правовых отношений, в том числе посредством общих норм, относящихся к институту юридического лица в целом, а также специальных норм, действующих в отношении тех или иных видов юридических лиц.

В этой связи остро встает вопрос об унификации понятий «аффилированность», «аффилированные лица» в целях их использования в гражданско-правовых отношениях и закрепления в соответствующих положениях гражданского законодательства в соответствующей единой норме.

Попытка унификации гражданско-правового регулирования отношений, связанных с участием аффилированных лиц, была предпринята на уровне одной из редакций Проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (далее — Проект изменений в ГК РФ).

Так, Проект изменений в ГК РФ предлагал ввести отдельную ст. 53² «Аффилированность», в которой были предусмотрены восемь случаев, когда лица признаются аффилированными (п. 2 ст. 53² ГК РФ). К числу таких случаев Проект изменений в ГК РФ предлагал отнести следующие виды отношений: 1) между контролирующим (включая его аффилированных лиц) и подконтрольным лицом, а также между лицами, находящимися под общим контролем, за исключением лиц, находящихся под общим контролем публично-правовых образований; 2) между физическим лицом и его супругом, их родителями, детьми, полнородными и неполнородными братьями и сестрами, усыновителями и усыновленными, дедушками и бабушками, внуками, племянниками и племянницами, дядями и тетями; 3) между юридическим лицом и лицами, выполняющими функции органа управления или членов коллегиального органа управления данного юридического лица, а также лицами, признаваемыми аффилированными с ними в соответствии со вторым основанием аффилированности; и ряд иных отношений. Проектом изменений в ГК РФ также предусматривалась возможность признания судом аффилированности между лицами, несмотря на отсутствие перечисленных оснований, в случае, если будет доказано, что эти лица получили фактическую возможность влиять на юридическое

¹ <http://base.garant.ru/5762296>.

лицо в результате их согласованных действий. Впоследствии указанная статья была исключена из законопроекта.

В свою очередь считаем, что потребность в унификации понятий «аффилированность», «аффилированные лица» в целях их использования в гражданско-правовых отношениях на сегодняшний день сохраняется. Так, например, в настоящее время конструкция аффилированности не действует в отношении целого ряда юридических лиц, например норма о сделке с заинтересованностью (сделке при конфликте интересов) не действует в отношении товариществ собственников жилья, потребительских кооперативов, общественных объединений и ряда иных юридических лиц, что несет определенную угрозу их интересам.

Нормативное закрепление юридической конструкции аффилированности в гражданском праве в общих нормах позволило бы системно подойти к регулированию отношений, в которых имеет место конфликт между интересами соответствующих лиц (интересами субъекта гражданско-правовых отношений и лица, способного оказывать влияние на его деятельность), выявить и унифицировать все виды таких отношений и распространить на них действие указанной нормативной конструкции.

Н.С. Мустафина,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

О правосубъектности юридического лица и моменте ее возникновения

Десятки трудов как современных авторов, так и классиков российской цивилистики посвящены институту гражданского права — правосубъектности юридических лиц. Однако это не умаляет актуальности данной тематики, а лишь вызывает все больший интерес к ее изучению, так как наследие классиков российской цивилистики позволяет проанализировать в сравнительном историческом анализе вопрос о наличии правосубъектности у юридического лица и, что немаловажно, о моменте ее возникновения. Также бесспорный интерес к изучению вышеуказанного института гражданского права объясняется отсутствием статичности рассматриваемой правовой категории. Правосубъектность юридического лица — исторически развивающаяся и изменяющаяся категория, как указывал Г.Ф. Шершеневич, «поддается историческим колебаниям»¹.

Переходя непосредственно к анализу предмета нашего исследования, как принято при рассмотрении вопроса о правосубъектности юридического лица, отнесем себя к определенной категории авторов, которых на сегодняшний день насчитывается две.

К первой категории относятся авторы, утверждающие об отсутствии у юридического лица правосубъектности и наличие лишь правоспособности. Например, по мнению Т.В. Свистуновой, С.Н. Братусь «отождествлял правосубъектность с правоспособностью, рассматривая все права и обязанности, предоставленные субъекту в силу действия закона, как элементы правоспособности»².

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 3. М., 1912. С. 578.

² Свистунова Т.В. Гражданские правоотношения // <http://abc.vvsu.ru>

Ко второй категории относятся авторы, которые приходят к выводу о том, что понятие правосубъектности юридического лица многосоставное, в которое как минимум входит правоспособность и дееспособность. Одним из ярких представителей данной категории авторов является Г.Ф. Шершеневич. В своих трудах профессор указывал, что закон, признавая юридическое лицо субъектом права, предполагает такую его организацию, при которой юридическое лицо может принимать решения, приводимые в исполнение его представителями. Но принятие решения общим собранием — это не выражение воли каждого участника, это выражение воли юридического лица. Таким образом, необходимо признать за юридическим лицом не только правоспособность, но и дееспособность, т.е. правосубъектность. В настоящей статье мы постараемся раскрыть сущность правосубъектности юридического лица и момент ее возникновения, тем самым автоматически отнеся себя ко второй категории авторов. Под правосубъектностью юридического лица в рамках данного исследования мы подразумеваем свойство юридического лица, которое позволяет ему быть полноправным субъектом права и включает две основные составляющие: правоспособность и дееспособность.

Говоря о первой составляющей правосубъектности юридического лица — дееспособности, отметим, что на сегодняшний день ст. 53 ГК РФ регламентирует: юридическое лицо приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности через свои органы. Таким образом, законодатель косвенно подтверждает наличие воли у юридического лица, а вернее дееспособности и указывает на механизм ее реализации — систему органов.

В продолжение вышеуказанной мысли отметим мнение Н.В. Козловой, которая указывает на юридическое лицо как на истинную волеспособную и дееспособную личность. Ею отмечается, что, вступая в правоотношения, юридическое лицо воплощает непосредственно свою волю. Однако, придерживаясь и доказывая довод о наличии самостоятельной воли у юридического лица, а вследствие этого дееспособности, мы должны понимать, что процесс волеобразования и волеизъявления юридического лица — это особый механизм в силу искусственности рассматриваемого субъекта права.

Механизмом волеобразования и волеизъявления юридического лица, по нашему мнению, признается организационная совокупность органов юридического лица, состоящих из физических лиц — участников, волеизъявление которых подчинено особым правилам, предусмотренным законодательством и локальными нормативными правовыми актами.

В подтверждение вышеуказанного определения механизма волеобразования и волеизъявления юридического лица считаем уместным обратиться к Проекту Федерального закона № 47538-6/2 «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, статью 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»¹ (далее — Законопроект), который вводит относительно новый институт гражданского права — «корпо-

¹ Проект Федерального закона № 47538-6/2 «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, статью 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (в ред., подготовленной ГД ФС РФ ко II чтению 10 декабря 2012 г.) // <http://base.consultant.ru>

ративный договор» («относительно» ввиду того, что подобные институты имеются, например, акционерное соглашение). Законопроект регламентирует, что участники хозяйственного общества или некоторые из них вправе заключить между собой корпоративный договор, в соответствии с которым они обязуются осуществлять права определенным образом или воздерживаться (отказываться) от их осуществления. Таким образом, законодатель дает возможность хозяйственным обществам предусмотреть модель, при помощи которой механизм волеобразования, волеизъявления юридического лица может совершенствоваться, а именно при принятии каких-либо решений воля некоторых участников может строго регламентироваться путем включения соответствующего правила в корпоративное соглашение.

Подводя итог вышесказанному, хочется отметить бесспорное наличие самостоятельной воли у юридического лица, а соответственно, и дееспособности, т.е. способности своими действиями приобретать гражданские права и нести обязанность. И воля юридического лица ни в коем случае не совпадает с волей физических лиц — участников юридического лица.

Далее перейдем к анализу не менее важной составляющей правосубъектности юридического лица — правоспособности. Законодатель четко определил ее наличие, виды, момент возникновения и прекращения, что делает рассмотрение данной категории менее дискуссионным, однако оставил открытым вопрос о понятии правоспособности юридического лица.

Считаем уместным в первую очередь проанализировать виды правоспособности юридического лица. На сегодняшний день ГК РФ предусматривает общую правоспособность юридических лиц. Однако законодательством может формироваться специальная правоспособность путем регламентации определенных ограничений, установленных законом. Специальная правоспособность носит императивный характер, и юридическое лицо будет обладать только тогда специальной правоспособностью, когда ограничения установлены законодательством.

Говоря о моменте возникновения правоспособности юридического лица, регламентированного ст. 49 ГК РФ, отметим, что правоспособность юридического лица возникает с момента государственной регистрации и прекращается в момент исключения записи о юридическом лице из единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ). Таким образом, подводя итог анализу правоспособности юридического лица, отметим, что под данным термином мы понимаем свойство юридического лица, которое возникает в момент внесения записи о юридическом лице в ЕГРЮЛ и регламентирует способность иметь гражданские права и обязанности. По общему правилу юридическое лицо может обладать любыми правами и обязанностями, за исключением некоторых субъектов права, в отношении которых устанавливаются императивные ограничения правоспособности.

Проанализировав правосубъектность юридического лица при помощи анализа основных составных частей, обратимся к моменту ее возникновения. С теоретической точки зрения данный вопрос является весьма дискуссионным ввиду того, что правоспособность и дееспособность юридического лица возникают не одновременно. Юридическое лицо осуществляет дееспособность при помощи своих органов, т.е. момент возникновения дееспособности юридического лица — это момент образования органов. Таким образом, мы сталкиваемся с ситуацией, когда дееспособность уже возникла путем утверждения решения о создании юридического лица, которым

утверждается Устав, регламентирующий органы управления, а правоспособность не наступила ввиду отсутствия записи в ЕГРЮЛ, т.е. дееспособность у юридического лица возникает ранее правоспособности. Что, на наш взгляд, является совершенно абсурдным с практической точки зрения, так как мы говорим об осуществлении прав и обязанностей в их отсутствие. Рассуждать о возникновении дееспособности ранее правоспособности нецелесообразно и проводить разрыв данных категорий не представляется уместным. Момент возникновения дееспособности юридического лица, на наш взгляд, совпадает с моментом возникновения правоспособности, а утверждение органов юридического лица является моментом создания механизма волеобразования и волеизъявления. Как справедливо указывал Г.Ф. Шершеневич, мнение которого не потеряло своей актуальности и сегодня, только с момента регистрации общество становится полноправным субъектом права.

На наш взгляд, настоящая статья, бесспорно, доказывает наличие правосубъектности у юридического лица, дискуссионная составляющая последней — дееспособность подтверждается как действующим законодательством, так и Законопроектом. Вопрос о моменте возникновения правосубъектности юридического лица, по нашему мнению, целесообразно рассматривать с практической точки зрения и отождествлять его с моментом возникновения правоспособности, а момент создания органов юридического лица определить как момент образования механизма волеобразования и волеизъявления соответствующего субъекта права.

Т.Ф. Намаев,

аспирант кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Некоторые вопросы определения публично-правовых субъектов частного права

В соответствии с п. 1 ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Российской Федерации (республики, края, области, города федерального значения, автономная область, автономные округа), муниципальные образования выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами.

Таким образом, Российская Федерация, входящая в категорию публично-правовых образований, является самостоятельным собственником своего имущества и участвует в гражданских правоотношениях наравне с другими субъектами гражданского права. По всей видимости, положение о равенстве государства с иными участниками имущественных отношений носит несколько декларативный характер, так как само положение государства «откладывает несомненный отпечаток на правовой режим его участия в гражданском обороте».

Государство в любой момент может установить для себя особые условия, заставив юридические и физические лица им подчиняться. Природа государства такова, что в любой ситуации оно прямо или косвенно пытается закрепить за собой различные привилегии и преимущества, пренебрегая частноправовым характером регули-

руемых отношений. Так, профессор Е.А. Суханов в качестве примера ограничения имущественной ответственности государства приводит положения действующего Бюджетного кодекса РФ, согласно п. 4 ст. 161 которого при уменьшении объема бюджетных средств, выделенных учреждению для финансирования заключенных договоров, стороны обязаны согласовать новые сроки и другие его условия. При этом контрагент вправе требовать от бюджетного учреждения лишь реальных убытков, но не упущенной выгоды, возникшей в результате изменения условий договора. Таким образом, государство оставляет за собой возможность устанавливать для себя особые правила и применять их на практике так, как ему это выгодно. Тем не менее к гражданско-правовому статусу государства применяются нормы, определяющие участие в гражданском обороте юридических лиц, если иное прямо не вытекает из закона или особенностей данного субъекта. Участие государства в гражданских правоотношениях наравне с другими субъектами является одним из основополагающих частноправовых принципов, определяющих гражданско-правовой статус государства.

Действующее гражданское законодательство, учитывая отдельные особенности публичных субъектов, в целом не раскрывает их публично-правовой характер. Однако очевидно, что данная категория организаций не вмещается в систему гражданского права и нуждается в уточнении за счет аппарата других правовых отраслей. Кроме того, законодательные акты публичного права иностранных государств в ряде случаев используют различия между понятиями «юридическое лицо частного права» и «юридическое лицо публичного права» — учреждения, фонды, корпорации. При этом в целом ряде случаев вводятся ограничения для деятельности публично-правовых субъектов — юридических лиц. Их предпринимательская деятельность возможна при совпадении двух условий: а) осуществление в сфере общих интересов (инфраструктурная деятельность); б) невозможность по организационно-экономическим причинам достаточно эффективного ее осуществления частноправовыми субъектами. Но, как бы то ни было, объединения публичного права, в особенности административные учреждения, так или иначе ведут предпринимательскую деятельность в тех же формах, что и деятельность публично-правовую. Для выхода из этого положения публичная власть в необходимых случаях использует частноправовые формы. В данной конструкции одним из определяющих понятий является интерес, который и определяет содержание деятельности организации и влияет на ее правовую природу, что будет рассмотрено ниже.

В действующем отечественном законодательстве формулировка «юридическое лицо» применяется и к органам государственной власти: Счетной палате РФ, Центральной избирательной комиссии РФ, органам муниципальной власти и др. Органы власти и учреждения субъектов Российской Федерации также являются юридическими лицами. Это подтверждает и судебная практика.

В.Е. Чиркин пишет по этому поводу: «Появление юридических лиц особого рода, которые не вписывались в цивилистическую традицию, вызвало к жизни новое словосочетание... юридическое лицо публичного права».

Однако у данного понятия долгая история: в русском правоведении с цивилистических позиций его употреблял еще Г.Ф. Шершеневич, указавший на его казенную принадлежность.

Немаловажный вклад в изучение проблемы государства как субъекта правоотношений, на наш взгляд, внес С.Ф. Кечекьян, который отмечал, что «государство во всех

случаях может действовать только через свои органы, различные в различных случаях... Вне своих органов государство не может осуществлять свои функции...». Кроме того, он одним из первых разработал классификацию областей участия государства как субъекта права, в рамках которой раскрывал особенности государства как субъекта государственно-правовых, имущественных и международно-правовых отношений.

При этом существующие между учеными разногласия относительно субъектов правоотношений сводятся главным образом к тому, что некоторые из них считают возможным причислять к таковым государство, а другие — нет. Так, например, Н.Н. Полянский утверждал, что государство вообще нельзя считать субъектом права применительно к отношениям, складывающимся внутри страны. Государство, по его мнению, может выступать субъектом права лишь в международных отношениях, а говорить о государстве как о субъекте права значит вольно или невольно исходить из концепции государства, которое, например, устанавливает кару за преступление не потому, что имеет на это право в юридическом смысле, а в силу принадлежащей ему власти. Следовательно, правом карать (т.е. соответственно участвовать в правоотношениях) обладают определенные органы государства, которые на то уполномочены властью последнего.

С.И. Архипов предпринял попытку дать единое определение государства как субъекта права и определил государство как сложную систему корпораций, связанных между собой общими принципами построения и функционирования. Причем государство предстает, по его мнению, не единым суверенным замкнутым образованием, а оказывается множеством открытых, взаимодействующих между собой правовых союзов (муниципальных, региональных и т.д.). Принципиальное несогласие с ним выразила Н.В. Бутусова, категорически не приветствующая использование гражданско-правового подхода при рассмотрении государства как субъекта права.

В современной России не применяется в законодательстве термин «юридическое лицо публичного права». Организации, характеризующиеся публично-правовой природой, не обособлены от лиц частного права, что влечет распространение на них общих положений, применяемых к юридическим лицам. Вместе с тем очевидно различие целей, задач и функций данных субъектов, и это приводит к тому, что публично-правовые субъекты в системе частного права действуют как организации особого рода.

Е.Г. Опыхтина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Микрофинансовые организации с позиции учения Г.Ф. Шершеневича о торговых товариществах

Количество организаций, которые могут выдавать микрозаймы (т.е. займы до 1 млн руб.), стремительно растет. Сегодня в государственном реестре микрофинансовых организаций — 2869 компаний, тогда как на 1 января 2011 г. было зарегистрировано лишь 400 таких организаций.

Такой стремительный рост, по словам экспертов, можно объяснить тем, что почти у 80 % российских граждан нет доступа к банковским кредитам по самым раз-

ным причинам. Коммерческие банки ориентированы прежде всего на обслуживание крупных экономических структур, мелкие клиенты им невыгодны в силу высоких издержек предоставления кредита.

«Благодетельное действие кредита парализуется всеобщим его распространением, — предупреждал более 100 лет назад Г.Ф. Шершеневич. — Предприниматель уже не может отказываться от кредита, он принуждается к тому силой обстоятельств. Вместе с тем расширение предприятия и пользование кредитом представляют значительные опасности, совершенно непредвидимые и независимые от личной предусмотрительности предпринимателя».

В январе 2011 г. вступил в силу Федеральный закон от 2 июля 2010 г. «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» (далее — Закон о микрофинансовых организациях).

Согласно ст. 1 названного Закона микрофинансовая деятельность — это деятельность юридических лиц, имеющих статус микрофинансовой организации, а также иных юридических лиц, имеющих право на осуществление микрофинансовой деятельности по предоставлению микрозаймов.

В соответствии с ч. 3 ст. 3 вышеуказанного Закона «кредитные организации, кредитные кооперативы, ломбарды, жилищные накопительные кооперативы и другие юридические лица осуществляют микрофинансовую деятельность в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность таких юридических лиц.

Микрофинансовая организация — юридическое лицо, зарегистрированное в форме фонда, автономной некоммерческой организации, учреждения (за исключением бюджетного учреждения), некоммерческого партнерства, хозяйственного общества или товарищества, осуществляющее микрофинансовую деятельность и внесенное в государственный реестр микрофинансовых организаций (ст. 2 Закона о микрофинансовых организациях).

В результате анализа правового положения микрофинансовых организаций можно выделить следующие присущие им особенности.

1. Правовое регулирование деятельности микрофинансовых организаций осуществляется специальным законодательством. Помимо ГК РФ, Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» принят специальный нормативный акт — Федеральный закон «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях».

2. Микрофинансовые организации ограничены в выборе организационно-правовой формы ведения бизнеса. Они должны быть зарегистрированы в качестве коммерческих организаций — хозяйственных обществ и товариществ или некоммерческих организаций — фондов, некоммерческих партнерств, автономных некоммерческих организаций, учреждений (за исключением бюджетного учреждения).

3. Законом устанавливается требование о том, что сведения о микрофинансовой организации должны быть внесены в государственный реестр микрофинансовых организаций. Микрофинансовая деятельность не лицензируется, юридическое лицо, которое ею занимается, может, но не обязано быть членом саморегулируемой организации. Однако согласно ст. 5 Закона о микрофинансовых организациях юридическое лицо приобретает статус микрофинансовой организации со дня внесения сведений о нем в государственный реестр и утрачивает статус микрофинансовой организации со дня исключения указанных сведений из этого реестра. Ведением

этого реестра в настоящее время занимается Федеральная служба по финансовым рынкам (далее — ФСФР). Заявителю этот орган выдает свидетельство о внесении сведений о юридическом лице в государственный реестр микрофинансовых организаций. В соответствии со ст. 7 Закона о микрофинансовых организациях в случае неоднократного в течение календарного года нарушения микрофинансовой организацией федерального закона, иных нормативных актов и утвержденных правил предоставления займов сведения о юридическом лице исключаются из реестра.

4. Микрофинансовая организация в силу закона не вправе привлекать денежные средства физических лиц, за исключением учредителей, и лиц, предоставляющих денежные средства на основании договора займа в сумме 1 млн 500 тыс. руб. или более чем по одному договору займа с одним займодавцем; выдавать займы в иностранной валюте; осуществлять любые виды профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг; выступать поручителем по обязательствам своих учредителей, а также иным способом обеспечивать исполнение обязательств указанными лицами (ст. 12 Закона о микрофинансовых организациях).

5. В целях защиты прав физических и юридических лиц закон устанавливает правило о том, что микрофинансовая организация не вправе в одностороннем порядке изменять процентные ставки и порядок их определения по договорам микрозайма, комиссионное вознаграждение и сроки действия этих договоров; применять к заемщикам — физическим лицам санкции за досрочный возврат микрозайма; выдавать заемщику микрозайм, если сумма обязательств заемщика перед микрофинансовой организацией по договорам микрозайма превысит 1 млн руб. (ст. 12 Закона о микрофинансовых организациях).

6. Кроме этого установлены требования к финансовой устойчивости микрофинансовой организации. Это ограничения по совершению сделок при уменьшении имущества на 10 и более процентов балансовой стоимости активов микрофинансовой организации.

В соответствии с п. 4⁵ ст. 14 Закона о микрофинансовых организациях ФСФР устанавливает экономические нормативы достаточности собственных средств и ликвидности для организаций, привлекающих денежные средства физических и юридических лиц.

7. В соответствии со ст. 15 Закона о микрофинансовых организациях микрофинансовые организации обязаны ежеквартально представлять в ФСФР документы, содержащие отчет о микрофинансовой деятельности и о персональном составе своих руководящих органов.

8. Поскольку микрофинансовые организации — это финансовая организация, их деятельность подпадает под действие Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции».

На основе проведенного анализа мы приходим к выводу, что микрофинансовые организации являются юридическими лицами с особым правовым статусом, так как их правоспособность ограничена специальным федеральным законом. Эти организации оказывают финансовые услуги, так как предоставляют физическим и юридическим лицам денежные средства (микрозаймы).

В настоящее время общественность обеспокоена тем, что кредиты микрофинансовых организаций крайне дороги. Микрофинансовые организации составляют конкуренцию банкам, клиенты которых защищены законодательством намного лучше.

Рассматривая систему торговых сделок, Г.Ф. Шершеневич отмечал «существенный признак, дающий возможность причислить банкирское занятие к торговле, а заключаемые банком сделки к торговым, состоит в посредничестве в кредит. Отсутствие в операции посредничества между спросом и предложением кредита лишает ее торгового свойства. Например, общества, сформированные для доставления взаимного кредита своим членам, ссудные или кредитные товарищества, если они не допускают посторонних лиц к участию в кредите, не могут никоим образом быть причислены к торговым товариществам, а совершаемые ими сделки лишены торгового характера». Поскольку микрофинансовые организации предоставляют микрозаймы, а заключаемые ими сделки являются торговыми, они должны быть зарегистрированы только в организационно-правовой форме коммерческих организаций (торговых товариществ). По данным реестра микрофинансовых организаций, наиболее распространенной организационно-правовой формой микрофинансовых организаций является общество с ограниченной ответственностью.

В целях защиты публичных и частных интересов требования, предъявляемые законодателем к микрофинансовым организациям, должны быть усилены: 1) микрофинансовые организации должны быть зарегистрированы в качестве хозяйственных обществ; 2) необходимо установить требования к размеру и составу уставного капитала таких организаций; 3) на законодательном уровне необходимо ограничить среднюю ставку по кредитам, выдаваемым микрофинансовыми организациями; 4) микрофинансовая деятельность должна быть включена в перечень лицензируемых видов деятельности, так как внесение сведений о юридическом лице в реестр микрофинансовых организаций, не является эффективным правовым средством контроля за ведением этого вида деятельности.

С.В. Осипова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

К вопросу об основаниях эмансипации

Институт эмансипации исследуется в правовой литературе достаточно давно. Однако до сегодняшнего дня остаются неразрешенные теоретические и как следствие практические проблемы. В свете преобразований в гражданском законодательстве, происходящих в последнее время, обращение к такому гражданско-правовому явлению, как эмансипация, видится нам актуальным.

Суть эмансипации, по мнению В. Раева, заключается в том, чтобы сделать несовершеннолетних независимыми от их законных представителей при самостоятельном занятии предпринимательской деятельностью, совершении крупных сделок или ином распоряжении собственными денежными средствами¹. В соответствии со ст. 27 ГК РФ эмансипация (объявление полностью дееспособным) несовер-

¹ См.: Раев В. Пределы прав несовершеннолетних эмансипированных граждан // Российская юстиция. 2001. № 8. С. 51.

шеннолетнего, достигшего 16 лет, допускается в двух случаях, а именно: если он работает по трудовому договору, в том числе по контракту, или с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимается предпринимательской деятельностью. В литературе предлагается не ограничиваться этими двумя юридическими фактами, а установить в качестве оснований эмансипации юридический факт более широкого характера: обладание достаточной психической зрелостью¹, членство в производственном кооперативе (так как такое членство обеспечивает несовершеннолетнему необходимые средства к существованию)². Полагаем, указанные предложения заслуживают внимания. В то же время дополнительным основанием эмансипации, на наш взгляд, должно стать рождение ребенка у несовершеннолетних родителей, не состоящих в браке.

Эмансипация по первому основанию практически не вызывает вопросов. Трудовым кодексом РФ возможность заключать трудовые договоры предоставлена лицам, достигшим возраста 16 лет (ст. 63 ТК РФ). Для заключения трудового договора в данном случае не требуется согласия ни законных представителей несовершеннолетнего, ни органа опеки и попечительства³. Однако полагаем неточным на сегодняшний день включение в п. 1 ст. 27 ГК РФ слов «в том числе по контракту».

На момент принятия части первой ГК РФ действовал Кодекс законов о труде РФ, в котором наряду с термином «трудовой договор» использовался термин «контракт». В ТК РФ, вступившем в силу с 1 февраля 2002 г., термин «контракт» не используется, и трудовые отношения оформляются трудовым договором. Поэтому в целях приведения ГК РФ в соответствие с ТК РФ в этой части необходимо слова «в том числе по контракту» исключить из п. 1 ст. 27 ГК РФ.

Большинство же проблем, касающихся эмансипации, возникает во втором случае. Несовершеннолетний, с согласия родителей, усыновителей или попечителя занимающийся предпринимательской деятельностью, может быть объявлен полностью дееспособным. Развитие предпринимательской деятельности диктует необходимость наделения несовершеннолетних дееспособностью в полном объеме по указанному основанию в целях гарантированности прав участников гражданского оборота.

Хотелось бы обратить внимание на отсутствие в законодательстве минимального возрастного критерия, с которого граждане вправе заниматься предпринимательской деятельностью. В литературе высказываются различные точки зрения на данную проблему.

Одни авторы считают, что только дееспособные лица, достигшие 18 лет, или досрочно приобретшие полную гражданскую дееспособность несовершеннолетние могут заниматься предпринимательством⁴.

¹ См.: *Бухкина С.* Эмансипация: проблемы и перспективы // *Хозяйство и право.* 1999. № 7. С. 51.

² См.: *Макарова О.В.* Защита прав несовершеннолетних при нотариальном удостоверении сделок с жилыми помещениям // *Жилищное право.* 2004. № 3. С. 38.

³ Законодатель предоставил также возможность заключать трудовые договоры с несовершеннолетними, не достигшими 16 лет, но при соблюдении условий, прямо указанных в ст. 63 ТК РФ.

⁴ См., например: *Лозовская С.О.* Правосубъектность в гражданском праве: дис. ... к.ю.н. М., 2001. С. 75; *Ручкина Г.Ф.* Предпринимательская правосубъектность как элемент правового статуса гражданина // *Юрист.* 2003. № 10. С. 4–5; *Федорова О.А.* Охрана жилищных прав детей, оставшихся без попечения родителей: автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 2003. С. 12.

Другая группа ученых, анализируя действующее законодательство (ст. 21, 26, 27 ГК РФ, ст. 2.3. КоАП РФ, ч. 2 ст. 107 НК РФ, ст. 20 УК РФ), делают вывод о том, что предпринимателями могут быть лица, достигшие 16 лет¹.

Наконец, третьи полагают, что уже с 14 лет допустимо заниматься предпринимательской деятельностью².

Таким образом, исходя из буквального толкования ст. 27 ГК РФ занятие предпринимательской деятельностью не только предшествует, но и является основанием эмансипации, а не наоборот. Это подтверждается и указанием в подп. «з» п. 1 ст. 22¹ Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» на альтернативную возможность предоставления для регистрации несовершеннолетнего в качестве индивидуального предпринимателя одного из следующих документов: нотариально удостоверенного согласия родителей, усыновителей или попечителя на осуществление предпринимательской деятельности физическим лицом, регистрируемым в качестве индивидуального предпринимателя, *либо* копии свидетельства о заключении брака физическим лицом, регистрируемым в качестве индивидуального предпринимателя, *либо* копии решения органа опеки и попечительства или копии решения суда об объявлении физического лица, регистрируемого в качестве индивидуального предпринимателя, полностью дееспособным (в случае, если физическое лицо, регистрируемое в качестве индивидуального предпринимателя, является несовершеннолетним). То есть в законе определена специфика представления документов несовершеннолетними гражданами как не обладающими полной дееспособностью, так и признанными в законном порядке полностью дееспособными. Поэтому неверно, на наш взгляд, говорить о том, что вести предпринимательскую деятельность могут лица старше 18 лет или несовершеннолетние, приобретшие полную дееспособность.

Решение вопроса должно быть не в ограничении возможности заниматься предпринимательской деятельностью несовершеннолетним, а в установлении дополнительных мер в целях защиты как интересов самих несовершеннолетних предпринимателей, так и их контрагентов по сделкам. К таким мерам следует отнести, например, указание на то, что индивидуальный предприниматель является несовершеннолетним в свидетельстве о государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, в его печати, в заключаемых им договорах (в преамбуле)³. В свидетельстве о государственной регистрации в качестве инди-

¹ См.: Букшина С. Указ. соч. С. 52; Григоренко С.М. Гражданско-правовой статус гражданина, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица: дис. ... к.ю.н. М., 2001. С. 58; Ермолова О.Н., Максименко С.Т. Правосубъектность индивидуальных предпринимателей // Актуальные проблемы частноправового регулирования: материалы V Международной науч. конф. молодых ученых, г. Самара, 22–23 апреля. 2005 г. / отв. ред. Л.М. Минкина, Ю.С. Поваров, В.Д. Рузано-ва. Самара, 2005. С. 124; Ивахник И.В. Проблемы налогообложения несовершеннолетних предпринимателей // Проблема правосубъектности: современные интерпретации: материалы науч.-практ. конф. Самара, 2004. С. 214–216.

² Аксенчук Л.А. Правоспособность несовершеннолетнего в сфере предпринимательской деятельности // Законодательство. 2001. № 12. С. 9–11; Богданова Г.В. Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: дис. ... к.ю.н. Саратов, 1999. С. 68; Булаевский Б.А. Правовое положение несовершеннолетних по российскому гражданскому законодательству: дис. ... к.ю.н. М., 1997. С. 89; Игнатьева Е.А. Участие несовершеннолетних граждан в предпринимательстве // Домашняя юридическая энциклопедия. О детях. М., 1998. С. 238.

³ Аксенчук Л.А. Указ. соч. С. 10.

видуального предпринимателя, на наш взгляд, должно быть также указано, что это свидетельство действительно до определенной даты (даты достижения индивидуальным предпринимателем 18 лет), после чего свидетельство подлежит обмену на свидетельство без соответствующей записи и соответственно на бессрочное. В то же время следует согласиться с авторами, указывающими на необходимость комплексного подхода и учета не только норм ГК РФ, но и положений уголовного, административного и налогового законодательства в части возраста, где предусмотрена ответственность за неисполнение обязанностей граждан-предпринимателей¹. Поэтому целесообразно установить минимальный возраст, с которого возможно занятие индивидуальной предпринимательской деятельностью, — 16 лет. В связи с этим необходимо внести изменения в ст. 23 ГК РФ.

Соответствующие изменения, касающиеся возраста, с которого гражданин может быть зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, и текста свидетельства о государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, должны быть внесены и в Федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», и в Постановление Правительства РФ «Об утверждении форм и требований к оформлению документов, используемых при государственной регистрации юридических лиц, а также физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей».

Таким образом, занятие предпринимательской деятельностью несовершеннолетними, на наш взгляд, возможно и без приобретения полной дееспособности. Эмансипация же предполагается, если несовершеннолетний успешно занимается предпринимательской деятельностью (в противном случае теряется смысл предоставления несовершеннолетнему всех прав, принадлежащих полностью дееспособным лицам, а соответственно, и применения мер ответственности).

Л.Л. Сабирава,

к.ю.н., ст. преподаватель

кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Учения о юридических лицах в дореволюционном отечественном гражданском праве: отдельные аспекты

При совершенствовании института юридического лица и формировании современного законодательства, безусловно, необходимо учитывать идеи, прошедшие многолетние теоретические и практические испытания, сформулированные в российском праве дореволюционного периода.

Большое количество концепций о юридическом лице было предложено цивилистической наукой дореволюционного периода. Теории, касающиеся понятия юридического лица были сформулированы немецкой правовой наукой (пандектистами)

¹ См.: *Савельева Н.М.* Правовое положение ребенка в Российской Федерации: гражданско-правовой и семейно-правовой аспекты. Самара, 2006. С. 49.

еще в начале XIX в.¹ Российская юридическая мысль также не обошла стороной проблему юридического лица: используя зарубежный и исторический опыт, она внесла весомый вклад в разработку и развитие теорий о юридическом лице. Как однажды заметил Н.С. Суворов, «почти каждый из ученых с более или менее известным именем выставлял свою собственную теорию юридических лиц»². Большинство российских ученых, занимавшихся исследованием концепции, объясняющей сущность юридического лица, выделяли такие основные группы теорий, как фикционные теории; теории, отрицающие реальность юридического лица; теории, признающие его реальность.

Первая научная теория о юридическом лице известна современной цивилистической науке под названием «теория фикции». Создателем данной теории³ считается основатель исторической школы права Ф.К. Савиньи⁴. Ярким представителем теории фикции также является один из создателей Германского гражданского уложения Б. Виндшайд⁵. Согласно данному учению юридическое лицо — это искусственный, фиктивный субъект, который допустим лишь для юридических целей. Как фикция, юридическое лицо не может иметь сознания, воли, дееспособности. Придя к выводу о недееспособности юридического лица, сторонники теории фикции отмечали, что органы юридического лица играют по отношению к нему ту же роль, что и опекуны по отношению к недееспособным. Учение Ф.К. Савиньи получило распространение и в трудах российских цивилистов⁶. Так, А.М. Гуляев, поддерживая теорию фикции, утверждал, что юридическое лицо — это искусственно созданный субъект, поэтому им может быть признан не всякий физический состав, с которым в аналогичных случаях связывается имущественная правоспособность, а лишь тот, за которым право признает свойства юридического лица⁷. Подобное мнение можно встретить в трудах Д.И. Мейера⁸. Комплексному изучению феномен фикции подвергся в монографии Г.Ф. Дормидонтова⁹.

¹ В юридической науке спорным остается вопрос о том, был ли известен институт юридического лица римской науке. Следует согласиться с утверждением, что римскому праву было известно юридическое лицо (см., например: Римское частное право: учебник / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 2000. С. 115; *Перетерский И.С.* Дигесты Юстиниана. Очерк по истории составления и общая характеристика / отв. ред. Е.А. Скрипилев. М., 1984. С. 100). В учениях глоссаторов и постглоссаторов часто использовался термин «корпорация», который обозначал юридическое лицо.

² *Суворов Н.С.* Об юридических лицах по римскому праву. М., 2000. С. 79.

³ Необходимо, однако, отметить, что в трудах многих цивилистов встречаются указания на то, что основу для формирования «теории фикции» заложил в 1245 г. на Лионском соборе папа Иннокентий IV, указав, что корпорация существует лишь в человеческом воображении, это фикция (*persona ficta*). См., например: *Братусь С.Н.* Юридические лица в советском гражданском праве. М., 1947. С. 71–74; *Дювернуа Н.Л.* Из курса лекций по гражданскому праву. 2-е изд. СПб., 1895. С. 31; *Суворов Н.С.* Об юридических лицах по римскому праву. М., 1900.

⁴ См.: *Savigny.* System des heutigen romischen Rechts. T. 2. 1840. С. 236.

⁵ См.: *Windscheid B.* Lehrbuch des Pandektenrecht. Frankfurt, 1900.

⁶ См., например: *Азаревич Д.* Система римского права. В 2 т. Т. 1. СПб., 1887. С. 10; *Александров В.* Учение о лицах юридических по началам науки. М., 1865. С. 7; *Гуляев А.М.* Русское гражданское право. СПб., 1913. С. 73.

⁷ *Гуляев А.М.* Русское гражданское право. С. 74.

⁸ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. В 2 ч. М., 2003. С. 144; *Он же.* О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях // Ученые записки Казанского университета. Кн. IV. 1853.

⁹ *Дормидонтов Г.Ф.* Юридические фикции и презумпции. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895.

Таким образом, юридическое лицо в теории фикции это просто понятие, которое не существует в действительности. Данное учение в конце XIX в. стало основой для решений Кассационного департамента Правительствующего Сената (решение № 151 1882 г.).¹ Однако указанная теория со стороны многих ученых подверглась критике. Так, Е.Н. Трубецкой писал, что «понятие субъекта права вообще не совпадает с понятием конкретного, живого индивида, вследствие такого несовпадения субъектами прав могут быть признаваемы учреждения и общества, причем для этого вовсе не нужно прибегать к фикции. В самом деле, фикция есть вымысел, предположение чего-то несуществующего, между тем, приписывая права учреждениям и корпорациям, мы вовсе не вынуждены вымышлять что-то несуществующее: соединения людей в общества, преследующие определенные цели, а равным образом и учреждения с определенными функциями суть величины весьма реальные. Раз «субъект права» вообще не то же, что человек, то называть учреждения и корпорации юридическими лицами — вовсе не значит создавать фикции»².

В целом соглашаясь с мнением Е.Н. Трубецкого, считаем необходимым обратить внимание на один важный момент, впервые обозначенный в теории фикции, который в дальнейшем нашел отражение в современном законодательстве. Представители данной теории в отличие от адептов других теорий указывают на то, что юридическое лицо создается государством посредством получения специального акта (санкции, разрешения) государственной власти. Таким образом, юридическое лицо вступает в общественные отношения с момента своего признания государством, а акт государственной власти является проявлением института государственной регистрации³, которая, несомненно, представляет собой один из основных признаков всякого юридического лица.

Свое дальнейшее развитие теория фикции получила в учении немецкого пандектиста А.Ф. Бринда⁴. Основанная им теория «целевого имущества» (или «бес-субъектных прав») также отрицала реальность юридического лица. Ее представители воспринимали юридическое лицо как совокупность имущества, имеющее целевое значение и бессубъектные права и обязанности по поводу этого имущества⁵. Подобные взгляды были высказаны сторонниками теории «коллективной собственности»⁶. Так, разработчик данной теории французский цивилист М. Планиоль⁷ указывал, что юридическое лицо — это лишь своеобразный способ управления имуществом, принадлежащим коллективу. Все права на объединенное имущество принадлежат непосредственно коллективу, а не отдельным его членам или юридическому (моральному) лицу, которое в теории рассматри-

¹ См.: Гуляев А.М. Толкование закона в практике Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената. М., 1912. С. 42–43.

² Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 174. См. также: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. Т. 3. С. 34; Он же. Учебник русского гражданского права. М., 1914. С. 142.

³ Подробнее о возникновении и развитии института государственной регистрации изложено в работе С.А. Панютина (см.: Панютин С.А. К вопросу о возникновении и государственной регистрации юридических лиц в исторической ретроспективе // Адвокат. 2009. № 2).

⁴ См.: Brinz A. Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. 1857.

⁵ См.: Ландкоф С.Н. Субъекты прав (лица): Научный комментарий ГК. М., 1928.

⁶ Идеи теории коллективной собственности прослеживаются в трудах Ю.С. Гамбарова (см.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1: Общая часть. СПб., 1911. С. 450).

⁷ См.: Planiol M. Traite elementaire de droit civil. T. 1. 1925.

вается как миф, нуждающийся в замене положительным понятием, коим может быть только коллективная собственность¹.

В ходе критики теории целевого имущества, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что, связывая право с безличной целью, рассматриваемая теория впадает в фикцию, потому что в человеческом общежитии цели не могут иметь прав и нести обязанностей².

Следующая теория (теория интереса или представительства), на которую нам хотелось бы обратить внимание, также имеет много общего с теорией фикции. По мнению Р. Иеринга (основоположника указанной теории)³, субъективное право представляет собой защищенный юридический интерес, который свойствен лишь людям, физическим лицам. В рамках указанной теории истинными субъектами права являются не юридические лица, а отдельные их члены, физические лица, входящие в их состав, — дестинаторы, которые пользуются предназначенным для них правом. Поэтому юридическое лицо представляет собой лишь способ юридической техники, обращенную во вне форму, в которую заключены отношения между дестинаторами.

Взгляды Р. Иеринга нашли свое отражение в трудах российских цивилистов. В частности, Н.М. Коркунов писал, что отношения юридического лица могут быть разрешены в отношении отдельных личностей, переплетенные между собой, и потому для удобства юридического анализа рассматриваемые как отношения одного искусственно созданного субъекта — юридического лица. Понятие юридического лица играет роль скобок, в которые заключены однородные интересы группы лиц⁴.

Интерес представляют взгляды на сущность юридического лица, высказанные позитивистами⁵ и нормативистами⁶, занимающие промежуточную позицию между фикционными и реалистическими теориями. В частности, adeпты позитивистской теории юридического лица указывали, что субъектом права является не только физическое лицо, всякое лицо — это продукт правопорядка. Для нормативистов было характерно признание юридического лица в качестве комплекса норм, охватывающих физических лиц и государство. Сторонником позитивистской теории можно назвать дореволюционного русского цивилиста Г.Ф. Шершеневича, который отмечал, что «юридическое лицо, как все то, что, не будучи физическим лицом, признается со стороны объективного права способным ввиду определенной цели быть субъектом права»⁷.

Таким образом, все вышеперечисленные теории не признавали за юридическими лицами имущественные и иные права, в силу чего были подвержены критике со стороны многих ученых.

¹ См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 463.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 33.

³ См.: Ihering R. Geist der römischen Rechts. Т. 3. Leipzig, 1888. См. также: Иеринг Р. Цель в праве. Т. 1. СПб., 1881.; Он же. Борьба за право. М., 1907.

⁴ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 185. См. также: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 461.

⁵ См., например: Rumelin. Methodische und juristische Personen. Freiburg, 1891; Iellinek. System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen, 1906.

⁶ См., например: Kelsen Hans. Reine Rechtslehre; allgemeine Staatslehre. 1925.

⁷ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 119. Подобного мнения придерживались Д.Д. Гримм (см.: Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права (по изд. 1916 г.). М., 2003) и Е.Н. Трубецкой (см.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 135).

С.Б. Селецкая,к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о гражданской правосубъектности ограниченных в дееспособности и недееспособных граждан

Учение о правовом статусе основных субъектов гражданского оборота, физических лиц, прошло огромный исторический путь. Корни уже устоявшихся основных постулатов этого учения уходят в далекое прошлое, еще ко времени становления римского частного права. Однако в то время такие категории, как «правосубъектность», «правоспособность», «дееспособность», римскому праву были неизвестны. Они вырабатывались веками в цивилистической науке. Но для современного восприятия догмы о гражданской правосубъектности физических лиц большое значение имеют не столько воззрения римских юристов, сколько теоретические взгляды дореволюционных российских цивилистов, которые в своих трудах рецитировали основные положения римского частного права, модифицировав их к особенностям развития общественно-экономических отношений в России.

Сегодня наследие дореволюционных цивилистов приобретает особую значимость, поскольку в период реформирования гражданского законодательства создание эффективных норм, регулирующих правовое положение участников гражданского оборота возможно только на основе совокупного анализа действующего законодательства, практики применения и теории, в основе которой лежат как современные разработки в заявленной области, так и бесценный опыт дореволюционных правоведов. Особое место в плеяде русских ученых, занимавшихся исследованиями в указанной правовой отрасли, отводится Г.Ф. Шершеневичу (1863–1912). Несмотря на то, что основные труды профессора Казанского и Московского университетов были написаны в конце XIX – начале XX столетий, они не потеряли свою значимость и актуальность и в наше время и лежат в основе современного учения о гражданской правосубъектности.

Многие положения Г.Ф. Шершеневича, которые касаются правового статуса субъектов гражданского оборота, представляют истинный интерес для современных. Однако в рамках данной статьи, нам представляется, следует ограничить круг наших интересов, выбрав одну из проблем, исследуемых ученым, посвященных правовому положению физических лиц. На наш взгляд, любопытной является проблема гражданской правосубъектности ограниченных в дееспособности и недееспособных граждан. Рассмотрим вначале правосубъектность лиц, которые не способны понимать значения своих действий или руководить ими вследствие психического расстройства (ст. 29 ГК РФ).

Характеризуя гражданскую дееспособность, Г.Ф. Шершеневич справедливо отмечал, что на ее содержательную часть влияют различные обстоятельства, в частности, возраст, пол (в дореволюционный период женщина была ограничена в дееспособности), здоровье. В дееспособности также различают активную и пассивную стороны, последняя иначе называется вменяемостью¹. Если обратиться к толкова-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 105.

нию данной категории, то вменяемым является лицо, которое способно по своему психическому состоянию сознавать значение своих действий и управлять ими¹. Соответственно, степень вменяемости, а значит, и дееспособность гражданина зависит от его психического здоровья. Такая постановка вопроса в трудах Г.Ф. Шершеневича оправдана нормами действовавшего Свода законов гражданских Российской империи² (далее — Свод законов). Причем ст. 365 и 366 Свода законов в отличие от норм ст. 29 ГК РФ дифференцировали невменяемых лиц на две категории: безумных, не имеющих здравого рассудка с младенчества, и сумасшедших, для которых характерен признак временной потери рассудка.

Отметим, что Г.Ф. Шершеневич лиц, подпадающих под указанные категории, условно называет «душевнобольными»³. С нашей точки зрения, подобный подход оправдан, поскольку такое обозначение указывает лишь на психическое состояние лица, а правовое следствие данного факта зависит только от того, признано ли лицо недееспособным в порядке, установленном законом, или нет. Только в этом случае над недееспособными устанавливается опека (ст. 29 ГК РФ, ст. 374¹ Свода законов), а совершенные ими сделки являются ничтожными (ст. 171 ГК РФ, ст. 376 Свода законов).

На наш взгляд, немаловажной является проблема, касающаяся дееспособности лиц, временно теряющих способность понимать значение своих действий в период обострения болезни. С одной стороны, нет достаточных оснований для признания их недееспособными, а с другой — нельзя четко провести грань, когда они осознают последствия совершаемых действий, а когда — нет. Дееспособность таких лиц Г.Ф. Шершеневич оправданно классифицирует как «ограниченную вследствие душевной болезни»⁴. Полагаем, названная категория дееспособности позволяет более четко определить правовой статус лиц, временно не осознающих своих действий. На такое неоднозначное положение данной категории лиц в дальнейшем указывали и Н.В. Рабинович⁵, и И.Б. Новицкий⁶, и др. А.Я.Р. Веберс подчеркивает, что законодательство лишь учитывает подобное состояние гражданина как основание для признания сделок недействительными⁷.

Заметим, что вывод Я.Р. Веберса свойствен и нормам действующего законодательства, а именно — ст. 177 ГК РФ. Однако, основываясь на цивилистическом наследии и анализе многолетней судебной практики, п. 14 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» впервые вводит категорию «ограниченно дееспособный гражданин» в отношении недееспособного ли-

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М., 2004. С. 87.

² Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской Империи, Проект Гражданского уложения Российской Империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 г., Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. Екатеринбург, 2003.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 130–131.

⁴ См. там же.

⁵ См.: Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 57–58.

⁶ См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 1. М., 2005. С. 287–292.

⁷ См.: Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига, 1976. С. 161.

ца, при условии развития его способности понимать значение своих действий или руководить ими при помощи других лиц. Несмотря на то что изменения в ст. 29 ГК РФ вступят в силу по истечении двух лет со дня опубликования, значение данного положения первостепенно важное, поскольку оно направлено на изменение содержания гражданской дееспособности, с учетом фактического психического состояния гражданина.

Еще одно обстоятельство, влияющее на гражданскую дееспособность, — это расстройство имущества, к которому Г.Ф. Шершеневич относит расточительность и не состоятельность гражданина¹. Рассмотрим в рамках нашего исследования первое основание расстройства имущества, влекущее ограничение гражданской дееспособности. В отличие от действующего законодательства (ст. 30 ГК РФ), такое основание ограничения гражданской дееспособности как вследствие злоупотребления спиртными напитками Свод законов не содержал, напротив, признавалась более широкая по своему содержанию категория — расточительство, смысловое значение которого характеризуется как множественная и нецелесообразная трата, расходование чего-либо, мотовство². Поэтому критерием такого основания ограничения гражданской дееспособности, приходит к выводу Г.Ф. Шершеневич, «может служить бесцельность трат безотносительно к доходности»³. Лицо можно было признать расточителем только в установленном законом порядке, после чего над ним устанавливалась опека и он лишался гражданской дееспособности в сфере имущественных отношений.

Как мы видим, категория «расточительство» и ее критерии, выявленные Г.Ф. Шершеневичем, значительно содержательнее оснований, предусмотренных ст. 30 ГК РФ для ограничения гражданской дееспособности, к которым относятся злоупотребление гражданином спиртными напитками или наркотическими средствами, следствием чего является тяжелое материальное положение его семьи. Исчерпывающий характер оснований ст. 30 ГК РФ не позволяет в ряде случаев ограничить гражданина, неразумно тратящего денежные средства семьи. И имущественные права членов его семьи подчас не защищены. По этой причине п. 15 ст. 1 Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой ГК РФ» дополняет правила п. 1 ст. 30 ГК РФ таким основанием, как пристрастие к азартным играм. Таким образом, по нашему представлению, целесообразнее, быть может, использовать категорию «расточитель», как более емкую, включающую различные случаи возможного ограничения дееспособности граждан. Применение данной обобщающей категории позволило бы с развитием общественно-экономических отношений предупредить возможное появление новых оснований для ограничения гражданской дееспособности.

Таким образом, проведенное нами исследование некоторых аспектов учения о гражданской правосубъектности, сформулированных Г.Ф. Шершеневичем, убедительно показало, что реформа гражданского законодательства, как и развитие современной теории о правовом статусе субъектов гражданского оборота, невозможно без глубокого анализа цивилистических традиций и опыта правоведов дореволюционного периода.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 132.

² См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Указ. соч. С. 666.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 132.

А.А. Толмачев,
доцент кафедры гражданского права и процесса,
Марийский государственный университет,
заслуженный юрист РФ

Переход прав участника общества с ограниченной ответственностью к приобретателю доли в уставном капитале

Неверное толкование законоположений, регулирующих переход доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью к третьим лицам, нередко приводит к нарушению корпоративных прав участников общества. Наличие проблем, связанных с приобретением доли, вызвано прежде всего отсутствием единого подхода к пониманию того, что представляет собой доля в уставном капитале.

Представляется, что доля удостоверяет обязательственные и неимущественные права участника по отношению к обществу. Получившая денежную оценку доля участника в уставном капитале как имущественное право может быть предметом продажи, мены, дарения, а также наследования. При этом нормы о праве собственности на индивидуально-определенную вещь не могут применяться к такой доле, не имеющей телесного выражения. Сам по себе переход прав на основании договора оформляется соглашением об уступке права требования. Отчуждение доли в пользу третьего лица влечет приобретение им всех прав и обязанностей участника общества, включающих не только права требования, но и неимущественные права на управление делами общества, на получение информации.

Между тем, поскольку переход прав участника к новому лицу может повлиять на изменение корпоративного контроля, законодатель предусмотрел возможность ограничения перехода таких прав. На подобное обстоятельство в свое время обращал внимание Г.Ф. Шершеневич: «Ввиду личного характера товарищеского договора, товарищ не вправе передать свое участие в торговом доме без согласия других товарищей. Но вступление нового товарища: а) взамен выбывающего или б) в пополнение прежнему составу, не встречает препятствий, если все товарищи на то согласны. Вновь принятый член товарищества, становясь в пополнение товарища, должен и разделять ответственность товарищей за долги торгового дома, когда бы они ни возникли, до или после его вступления»¹.

1. Третье лицо может стать участником общества с ограниченной ответственностью путем перехода к нему доли в уставном капитале общества на основании сделки, в порядке правопреемства или на ином законном основании. Законодательство об обществах с ограниченной ответственностью содержит нормы, ограничивающие переход доли в уставном капитале и не позволяющие третьим лицам приобрести права и обязанности участника общества. Права и обязанности участника общества не могут возникнуть у третьего лица, если приобретение им доли запрещено уставом.

2. Ограничение или запрещение перехода прав участника к наследникам должно быть отдельно сформулировано в уставе общества. При отсутствии в уставе та-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. 9-е изд., 2-е посмертное. М., 1919 // СПС «Гарант».

кого ограничения права участника полностью переходят к наследнику умершего участника со дня открытия наследства. Положение устава, допускающее принятие новых участников в состав общества по решению его участников, не может быть применено к отношениям, связанным с передачей доли в порядке наследования, когда специальные положения устава о переходе права на долю в уставном капитале к наследникам участников общества не содержат прямого указания на необходимость получения согласия остальных участников общества для такого перехода¹. Если для перехода к наследнику доли в уставном капитале общества требуется согласие остальных участников общества и в таком согласии наследнику отказано, он вправе получить от общества действительную стоимость унаследованной доли.

Аналогичная правовая конструкция была известна гражданскому праву дореволюционной России и описана в научной литературе того времени. Так, рассуждая об изменениях в товариществе, профессор Казанского университета Г.Ф. Шершеневич писал: «Вступление нового или новых членов в состав товарищества может произойти и без особого о том соглашения товарищей, а именно в случае наследования. а) Если наследники были предусмотрены учредительным договором, они вступают во все права наследодателя, принимая на себя не только имущественное, но и личное участие. б) Если учредительный договор не предусмотрел наследственного преемства, то наследники принимают только имущественное, но не личное участие»².

Если уставом общества не предусмотрена возможность отказа участников общества в переходе прав участника к наследникам, то, по смыслу п. 4 ст. 1152 ГК РФ, со дня открытия наследства наследник становится участником общества, т.е. к нему переходят все права, удостоверяемые долей в уставном капитале такого общества, включая право на участие в управлении делами общества с ограниченной ответственностью³.

Указание в уставе общества на условия перехода прав участника в порядке наследования обеспечит прочим участникам общества дополнительную возможность защиты их интересов, т.к. право последних на преимущественное приобретение не распространяется на долю переходящую к третьим лицам в порядке наследования.

3. Отличается сложностью переход доли к супругу участника общества в силу положений семейного законодательства. Нормы ст. 34 и 35 СК РФ устанавливают лишь состав объектов общей совместной собственности супругов и его правовой режим. Порядок вступления в состав участников общества с ограниченной ответственностью регулируется нормами корпоративного законодательства и учредительными документами общества.

На наш взгляд, в состав супружеского имущества входит лишь имущественное право требования к обществу о выплате действительной стоимости половины доли в уставном капитале, принадлежавшей одному из супругов. Супруг участника общества, получивший свидетельство о праве собственности на половину общей совместной собственности супругов, приобретает право на долю (имущественное право), но не приобретает автоматически права участника общества. Доля перехо-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 20 декабря 2011 г. № 10107/11 // СПС «Гарант».

² Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № 12653/11 // СПС «Гарант».

дит к обществу, оно обязывается выплатить кредитору действительную стоимость всей доли или всей части доли участника общества.

При наличии соответствующих положений в уставе лицо, право которого на долю в уставном капитале удостоверено свидетельством о праве собственности в общем совместном имуществе супругов, может приобрести права участника общества лишь при согласии всех участников общества.

4. Аналогичная ситуация возникает при продаже доли или части доли в уставном капитале общества с публичных торгов. Приобретая долю на публичных торгах, лицо не становится участником общества. При отсутствии согласия участников доля переходит к обществу, а у приобретателя возникает право требовать выплаты ее действительной стоимости.

Ж.И. Трифонова,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о дееспособности несовершеннолетних граждан с ограниченными возможностями

Одним из элементов, определяющих правовое положение гражданина, в том числе гражданина с ограниченными возможностями, является дееспособность. Несмотря на то, что основные учения о лицах вырабатывались исторически не одно столетие, вопрос о дееспособности несовершеннолетнего гражданина с ограниченными возможностями в цивилистической науке мало изучен.

Для более полного и объективного исследования обозначенной проблематики целесообразно вначале раскрыть понятие «несовершеннолетний гражданин с ограниченными возможностями» ввиду того, что понятие «несовершеннолетний с ограниченными возможностями» является синонимом понятия «инвалид»¹. Статья 1 Федерального закона «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» устанавливает, что инвалидом признается лицо, имеющее нарушение здоровья со стойким расстройством функций организма, обусловленное заболеваниями, последствиями травм или дефектами, приводящее к ограничению жизнедеятельности и вызывающее необходимость его социальной защиты. Из этого вытекает, что под категорией «инвалидность» следует понимать социальную недостаточность, происходящую вследствие нарушения здоровья, сопровождающегося стойким расстройством функций организма и приводящим к ограничению жизнедеятельности и необходимости социальной защиты. Таким образом, можно сделать вывод о том, что несовершеннолетний гражданин с ограниченными возможностями — лицо, не достигшее 18-летнего возраста, имеющее недостаточность вследствие нарушения умственной или физической зрелости.

¹ Инвалид — человек, который полностью или частично лишен трудоспособности вследствие какой-нибудь аномалии, ранения, увечья, болезни (см.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М., 1999. С. 246).

Как любому участнику правоотношений, несовершеннолетнему лицу с ограниченными возможностями свойственно своими действиями приобретать, осуществлять права и нести юридические обязанности, поскольку, как справедливо отмечал Е.Н. Трубецкой, все люди правоспособны и дееспособны, но в разной степени. По общему правилу, предусмотренному ст. 21 ГК РФ, дееспособность возникает в полном объеме по достижении 18-летнего возраста и определяется как способность гражданина приобретать, осуществлять гражданские права и исполнять гражданские обязанности.

Институт дееспособности не является новым, его изучением занимались правоведы различных периодов развития общества. Особая заслуга в становлении отечественной теории о субъектах гражданского права принадлежит ученым дореволюционной России. Среди них следует выделить таких правоведов, как Д.И. Мейер, Г.Ф. Шершеневич, Е.В. Васьковский. Например, Д.И. Мейер рассматривал дееспособность (*handlungsfähigkeit*) как волю совершать гражданскую деятельность¹; Г.Ф. Шершеневич определял дееспособность (*geschäftsfähigkeit exercice desdroits*) как способность самостоятельно, при наличии воли, осуществлять юридические действия²; Е.В. Васьковский в своих трудах отождествлял гражданскую дееспособность с процессуальной, т.е. данное понятие им определялось как возможность осуществления правоспособности физического лица³.

Исходя из сказанного, основываясь на современном понимании категории «дееспособность», полагаем, что это социально-юридическое свойство физического лица, подразумевающее приобретение прав и обязанностей и способность нести ответственность за совершаемые действия. По справедливому мнению Т.В. Шепель, предпосылками ее являются биологическая способность понимать значение своих действий, при достижении определенного возраста, и психологическая способность понимать и руководить своими же действиями⁴. Определив сущность гражданской дееспособности, уделим внимание особенности дееспособности несовершеннолетних с ограниченными возможностями.

Как справедливо обосновывал Г.Ф. Шершеневич, на дееспособность несовершеннолетних влияют различные обстоятельства⁵. Что он под этим имел в виду? Такими обстоятельствами, исходя из анализа Свода гражданских законов Российской империи⁶, являлись *возраст* несовершеннолетних и *здоровье*. Это обосновывалось защитой имущественных интересов несовершеннолетних граждан и способностью осознания правовых последствий совершаемых сделок. Указанные факторы свидетельствовали о необходимости разделения несовершеннолетних по возрасту и по фактору их здоровья. Категорию «дееспособность» Г.Ф. Шершеневич рассматривал с точки зрения личного права каждого осуществлять права настолько, насколько это возможно и, как уже было сказано выше, учитывая возраст гражданина и его здоровье⁷. Безусловно, это не означало, что каждый гражданин обладал

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 1873. С. 62.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 76.

³ См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. СПб., 1894. С. 100.

⁴ См.: Шепель Т.В. Критерии и юридическая природа недееспособности // Вестник ТГПУ. 2000. Сер.: Гуманитарные науки (правоведение). С. 15.

⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 90.

⁶ Свод гражданских законов Российской империи. Т. X. СПб., 1912.

⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 76.

дееспособностью в равной степени. Дееспособность в отличие от правоспособности по своей правовой природе не может быть равной для всех.

Позицию Г.Ф. Шершеневича разделяют и современные правоведы. Как справедливо заметила А.М. Нечаева, дееспособность напрямую зависит от возраста и от состояния здоровья субъекта. Она может расширяться и сокращаться в своем объеме в случаях, предусмотренных законом¹. По мнению А.Е. Тарасовой, границы дееспособности устанавливаются нормами объективного права, а стадии зависят от личностных свойств лица, включающих в себя психофизическое состояние, которое может меняться на протяжении жизни².

Мы придерживаемся вышеизложенных мнений и полагаем, что сложность определения содержания дееспособности несовершеннолетнего гражданина с ограниченными возможностями состоит не только в социальной незрелости лица, но и влияния в некоторых случаях на его поведение психического фактора здоровья. Ведь далеко не всегда достижение несовершеннолетним указанного законом возраста соответствует уровню развития интеллектуально-волевой зрелости.

В настоящее время в юридической литературе гражданскую дееспособность несовершеннолетних граждан разделяют по возрасту и по медицинским показателям: 1) полная дееспособность (возникает по достижении 18-летнего возраста, однако закон предусматривает приобретение дееспособности до достижения этого возраста в случае вступления несовершеннолетним гражданином в брак (п. 2 ст. 21 ГК РФ), также несовершеннолетние могут быть объявлены дееспособными в полном объеме в порядке эмансипации (ст. 27 ГК РФ); 2) относительная дееспособность (возникает в возрасте от 14 лет до 18 лет) (ст. 26 ГК РФ); 3) частичная дееспособность (дееспособность несовершеннолетних граждан, не достигших возраста 14 лет (малолетние)) (ст. 28 ГК РФ); 4) ограниченная дееспособность (распространяется на распоряжение собственными доходами несовершеннолетнего в возрасте от 14–18 лет) (ст. 30 ГК РФ)³; 5) абсолютная недееспособность (возникает вследствие психического расстройства и устанавливается судом) (ст. 29 ГК РФ)⁴. В соответствии с п. 1 ст. 29 ГК РФ лицо с умственными ограничениями может быть признано недееспособным в судебном порядке. Однако в соответствии с п. 1 ст. 15 Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» лица с умственными недостатками могут быть признаны ограниченно дееспособными. Ключевой новеллой в части правового регулирования ограничения дееспособности граждан с нарушениями психического, умственного характера является расширение оснований для ограничения такого гражданина в дееспособности. В соответствии с данным законом несо-

¹ См.: *Нечаева А.М.* О правоспособности и дееспособности физических лиц // Государство и право. 2001. № 2. С. 34.

² См.: *Тарасова А.Е.* Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних и их проявления в гражданских правоотношениях. М., 2008. С. 28.

³ В соответствии с п. 1 ст. 15 Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», который дополняет основания ст. 30 ГК РФ, гражданин, который вследствие психического расстройства может понимать значение своих действий или руководить ими лишь при помощи других лиц, может быть ограничен в дееспособности в судебном порядке.

⁴ См.: *Махмутова М.М.* Гражданско-правовое положение несовершеннолетних: вопросы теории и практики. Казань, 2011. С. 29.

вершеннолетний гражданин с умственными нарушениями может совершать сделки, с согласия законного представителя (родителей, усыновителей, попечителей), и нести за них имущественную ответственность. Но здесь нужно сказать, что ответственность за совершаемые действия несовершеннолетнего с ограниченными возможностями несут и его законные представители и, как отмечала А.Е. Тарасова, законные представители восполняют ограниченную дееспособность несовершеннолетних¹.

В соответствии с вышеизложенным представляется необходимым проанализировать правовую природу согласия законных представителей на совершение сделок несовершеннолетними гражданами с ограниченными возможностями исходя из их личностных и имущественных интересов.

А.Ш. Хабибуллина,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Система управления юридическим лицом

Развитие учения о лицах влечет необходимость модификации теории управления юридическим лицом, которая исследована крайне слабо. В этой связи приобретает практическую и теоретическую значимость анализ управления организацией с позиции юридической науки.

В самом широком смысле управление представляет собой целостную организованную систему, элементами которой являются управляющая подсистема (субъект управления), управляемая подсистема (объект управления, управляемое лицо) и цель. Также управление можно обозначить как функцию, процесс целенаправленного воздействия управляющей подсистемы на управляемую. Суть воздействия субъекта управления на объект управления, управляемое лицо состоит в обеспечении функционирования системы с целью сохранения, поддержания и развития управляемой подсистемы. Цель управляющего воздействия достигается субъектом управления посредством определенных условий, способов, действий, установлений, предметов. Управлять — это значит ставить определенные цели и способствовать их достижению, планировать, организовывать, руководить, реализовывать, распоряжаться, контролировать.

В отношении юридического лица категория «управление» также получила распространение. Между тем четкая трактовка того, что следует понимать под управлением организацией в законодательстве отсутствует. Необходимо отметить, что ст. 14.21 КоАП РФ, утратившая силу в связи с принятием Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 139-ФЗ, была посвящена ненадлежащему управлению юридическим лицом, под которым понималось использование полномочий по управлению организацией вопреки ее законным интересам и(или) законным интересам ее кредитора, повлекшее уменьшение собственного капитала организации и(или)

¹ См.: Тарасова А.Е. Особенности участия несовершеннолетних в гражданских правоотношениях: автореф. дис. ... к.ю.н. Ростов н/Д, 2006. С. 6–7.

возникновение убытков. Обозначенная статья не содержала в себе необходимой смысловой нагрузки в силу своей неудачной формулировки.

Сущность управления организацией в литературе в основном раскрывается через категории: «управление имуществом, деятельностью, делами юридического лица», «корпоративное отношение», «корпоративное управление». Важно проанализировать, что представляет собой юридическое лицо и насколько целесообразно употреблять обозначенные термины при раскрытии сущности управления им.

В своих учениях Г.Ф. Шершеневич, в общем рассматривая юридическое лицо в качестве фиктивного образования, справедливо указывал, что юридические фикции не мнимые понятия, а научные приемы познания, а само юридическое лицо — «искусственный субъект» оборота, созданный для достижения определенной цели. Неверно утверждать, что человек сам по себе, в силу своего человеческого достоинства, субъект права и что юридическое лицо есть перенесение свойств субъекта права на нечто другое, рассматриваемое для этой цели как человек, *quasi homo*. Всякий субъект права, физическое, как и юридическое лицо, есть создание объективного права. Субъекты права — это те центры, юридические точки, к которым нормами объективного права прикрепляются субъективные права¹.

Разделяя обозначенную позицию, следует отметить, что в юридическом лице как самостоятельном субъекте права со своей внутренней «живой» структурой наряду с имущественными существуют и личные неимущественные отношения. К примеру, участники хозяйственного общества имеют как имущественные (право на участие в распределении прибыли, право на получение части имущества в случае ликвидации общества), так и неимущественные права (право на получение информации, право на участие в управлении делами общества). Поэтому управление юридическим лицом не ограничивается лишь управлением его имуществом.

Определенный интерес представляет соотношение корпоративного управления и управления юридическим лицом. В самом общем виде корпоративное управление можно обозначить как управление корпоративными организациями (корпорациями), учредители (участники) которых обладают правом на участие в управлении их деятельностью (право членства). В структуре корпоративного управления, так же как и в любой системе управления, можно выделить элементы: субъект (управляющий элемент) и объект/лицо (управляемый элемент). В качестве субъекта корпоративного управления могут выступать органы юридического лица и (или) уполномоченные представители организации, обладающие определенными властными полномочиями при осуществлении целенаправленного воздействия на управляемый элемент, под которым понимается сама корпорация. Особенность корпоративного управления состоит в том, что действия субъекта (планирование, организация, реализация, руководство, распоряжение, контроль) в процессе воздействия на объект/лицо осуществляются в рамках юридических лиц, построенных с точки зрения организационной структуры на началах членства.

Таким образом, категория управления юридическим лицом является более широкой по отношению к корпоративному управлению ввиду того, что может применяться и для обозначения процесса целенаправленного воздействия в унитарных

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 3. М., 1910. С. 34; *Он же*. Учебник русского гражданского права. М., 1914. С. 142.

юридических лицах, учредители которых не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства.

Управление юридическим лицом необходимо рассматривать как целостную организованную систему, основу которой составляют следующие необходимые элементы: управляющий элемент (субъект управления), управляемый элемент (внутреннее и внешнее состояние юридического лица) и цель управления. Связующим звеном обозначенных элементов в системе являются определенные правовые средства (способы, действия, установления, условия, компетенция, предметы и проч.).

В качестве субъектов управления юридическим лицом выступают органы юридического лица и (или) представители юридического лица, уполномоченные выступать от имени организации в соответствии с действующим законодательством, а также учредители юридического лица. Субъекты управления юридическим лицом материализуют свою компетенцию путем принятия управленческих решений, а также совершения разного рода правомерных юридически значимых и фактических действий. Тем самым статика (компетенция) воплощается в динамику (действие).

Управляемым элементом в статико-динамической системе управления юридическим лицом является сама организация, точнее ее внутреннее и внешнее состояние. Внутреннее состояние юридического лица в самом общем виде можно представить как сферу внутриорганизационного (локального) регулирования. Данная сфера включает в себя ряд вопросов, требующих управленческого решения на уровне самой организации. Например, к ним можно отнести вопросы трудовые (о заключении/расторжении трудовых договоров с работниками, о выплате заработной платы работникам, о применении мер дисциплинарных взысканий и т.д.), вопросы создания, функционирования внутренних структурных подразделений организации, вопросы, связанные с принятием внутренних локальных нормативных документов организации и др.

Внешнее состояние юридического лица представляет собой сферу внешнего регулирования, которая включает в себя вопросы, связанные с выражением воли организации вовне. Такие вопросы также требуют управленческого решения со стороны субъектов управления. К ним следует отнести вопросы по заключению организацией гражданско-правовых сделок, вопросы по представлению интересов организации в органах государственной власти и др.

Таким образом, внутреннее и внешнее состояния организации, взятые в единстве, составляют управляемый элемент в статико-динамической системе управления юридическим лицом. Субъект управления воздействует на управляемый элемент, реализуя свою компетенцию, и тем самым воплощает в жизнь правосубъектность юридического лица.

Цель управления также является важным элементом функции управления. Выше было отмечено, что суть воздействия субъекта управления на объект управления, управляемое лицо состоит в обеспечении функционирования системы с целью сохранения, поддержания и развития управляемой подсистемы. Данное определение носит общий характер, в силу чего может применяться и в отношении категории «цель» в системе управления юридическим лицом. Однако необходимо обратить внимание на то, что прогнозируемый результат управления юридическим лицом носит правовой характер, поэтому цель управления организацией должна быть правовой (юридической).

Основная правовая цель в системе управления юридическим лицом состоит прежде всего в реализации его правосубъектности. Данная правовая цель является постоянной и сопровождает функцию управления с момента создания юридического лица до момента его прекращения. Наряду с основной правовой целью в системе управления юридическим лицом имеет место быть и конечная правовая цель, представляющая собой конечный правовой результат управления.

К конечной правовой цели можно отнести: достижение уставных целей (при процедуре осуществления юридическим лицом своей деятельности); прекращение юридического лица (при процедуре ликвидации организации).

И.С. Храмова,

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой гражданско-правовых дисциплин,
Астраханский филиал Международного юридического института

Положительные и отрицательные моменты функционирования акционерных обществ: актуальность идей Г.Ф. Шершеневича в современной правовой действительности

Г.Ф. Шершеневич — личность, безусловно, значимая в науке гражданского и предпринимательского права. Объем проведенных им исследований поражает своей разнонаправленностью. В круг его интересов одновременно попадают вопросы не только общегражданского характера, интерес вызывает стремительное исследование различных сфер общих положений гражданско-правового характера, особенности право- и дееспособности различных категорий лиц, а также детальное изучение права торгового.

Столь значительный интерес определялся ролью предпринимательской деятельности в реализации государственных функций. Осознание того, что возможность элементарного развития столь сложного структурного механизма (государства) определяется экономическим успехом, и сформировало блок интересов в торговом праве.

Совершенно разумно и актуально до сих пор умозаключение о необходимости формирования различных видов субъектов предпринимательской деятельности. Множественность субъектов определяет не только конкурентоспособность рынка, но и возможность пополнения бюджета за счет налогов с результатов их деятельности. В то же время ученый акцентирует внимание на необходимости законодательного закрепления основ к осуществлению предпринимательской деятельности.

При этом особый интерес в рамках данного исследования вызывает характеристика такого коммерческого субъекта как акционерные общества. Не стоит отрицать, что выводы, сформулированные Г.Ф. Шершеневичем, о значимости рассматриваемого субъекта актуальны и в настоящее время. Это подтверждается тем фактом, что именно акционерное общество не просто формирует свою деятельность, определяя конкретный сектор экономики для себя, но и занимает смежные области: функционирование рынка ценных бумаг, а также не менее значимый сектор привлечения инвестиций в частный бизнес.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, вышеуказанные моменты предопределяют «светлые стороны»¹ существования акционерных обществ. Социальное значение подобного типа субъекта предпринимательской деятельности он делит на два вида: «частнохозяйственный» и «народнохозяйственный» положительный эффект.

Особый акцент был сделан на том, что эта форма организации предпринимательства не делает зависимым сам субъект от деятельности конкретных лиц (предпринимателей), возможность управления структурой не лежит на одних плечах, а связана с работой значительного числа экономистов-профессионалов, часто не имеющих непосредственной зависимости от общества (не являются его акционерами), что, безусловно, позволяет достигнуть максимального эффекта в управлении бизнес-структурой.

Подтверждая актуальность подобных умозаключений в настоящее время, стоит отметить, что смысл положений об управлении акционерным обществом, утвержденных Федеральным законом «Об акционерных обществах», а также Кодексом корпоративного поведения², подтверждает необходимость существования независимых директоров в качестве членов наблюдательного совета, что лишает возможности внутренними экономическими рычагами давить на рассматриваемого субъекта, а также привлекать для управления исключительно менеджеров-профессионалов.

Несмотря на огромное количество положительных факторов, отмеченных Г.Ф. Шершеневичем в существовании акционерных обществ и значительного положительного эффекта от реализации их деятельности, стоит отметить, что ученый иллюстрирует отрицательные характеристики и возможный негативный эффект от их существования, делая акцент на том, что плюсы не могут перекрыть возможные риски деятельности рассматриваемых субъектов предпринимательской деятельности.

Возможные минусы сопровождают акционерное общество с момента его создания до ликвидации субъекта. Г.Ф. Шершеневич отмечает (разграничивая минусы также на частнохозяйственные и народнохозяйственные) дороговизну создания (как и сейчас — в десятки раз уставный капитал превышает возможность создания, к примеру, общества с ограниченной ответственностью) и осуществления деятельности (оплата услуг аудиторов в настоящее время, сложности подачи отчетности).

Кроме того, ученый отмечает некую «неповоротливость» подобной организационно-правовой формы. Если частные предприятия в силу изменения окружающей экономической среды могут оперативно изменить вид деятельности либо просто ликвидироваться, то подобные процедуры не могут сопровождать акционерные общества. «Ему нельзя вывести вложенный капитал, не прекратив своего существования. Ему нельзя открыть новое дело, не создав нового субъекта. Это заставляет предприятие продолжать свою деятельность, несмотря на изменившуюся конъюнктуру, и идти прямо к своей собственной гибели»³.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб. (по изд. 1908 г.)

² Распоряжение ФКЦБ России от 18 июня 2003 г. № 03-1169/р «Об утверждении Методических рекомендаций по осуществлению организаторами торговли на рынке ценных бумаг контроля за соблюдением акционерными обществами положений Кодекса корпоративного поведения» // Вестник ФКЦБ России. 2003. № 9.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

Указывая на положительный эффект от профессионального управления обществом, Г.Ф. Шершеневич относит его и к минусам. Так, по его мнению, многие собственники — акционеры понятия не имеют не только о внутреннем документообороте, содержании устава, но и об экономическом состоянии общества, а зачастую и о том, чем оно вообще занимается, что снижает возможность контроля вложенных средств в рассматриваемую структуру.

Однако наибольшую проблему формирует возможность осуществления спекуляции на рынках ценных бумаг при реализации и ценовой игре акций. К слову сказать, именно эта проблема и послужила в начале XXI в. причиной мирового финансового кризиса. Несмотря на более совершенные правовые регуляторы, которые могут находиться в руках вкладчиков акционеров, отрицательный эффект, прокатившийся по всему миру, позволяет нам не только вспоминать о предостережениях функционирования акционерных обществ, высказанных в трудах Г.Ф. Шершеневича, но и использовать результаты его научной деятельности, осуществляя в настоящее время предпринимательскую деятельность в форме акционерных обществ либо участвуя в них как потенциальный акционер.

А.Т. Хусаенов,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о специальной правоспособности страховщика

Вопрос о правовом положении страховщика в настоящее время является одним из самых малоисследованных в страховом законодательстве. Так, согласно ст. 4 Закона РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (далее — Закон о страховании) страховщиками признаются юридические лица любой организационно-правовой формы, предусмотренной законодательством РФ, созданные для осуществления страховой деятельности и получившие в установленном законом порядке лицензию на осуществление страховой деятельности на территории РФ.

Между тем анализ данного определения применительно к конкретным видам юридических лиц позволяет утверждать о его несовершенстве. Так, если подойти к вопросу о правовом положении страховщика в строго формальном смысле, с позиции его правоспособности, то можно сделать несколько выводов.

Во-первых, юридические лица не любой организационно-правовой формы, предусмотренной законодательством РФ, могут действовать в качестве страховщика.

Во-вторых, деятельность страховщиков может осуществляться не только на основании лицензии, но и в силу прямого указания закона.

Обосновывая данные утверждения, хотелось бы указать на следующее. Согласно классической классификации юридических лиц они подразделяются на коммерческие и некоммерческие. Причем если перечень организационно-правовых форм первых носит закрытый характер, то в отношении вторых подобных ограничений в настоящее время не существует. Однако если проанализировать особенности всего многообразия организационно-правовых форм юридических лиц, применительно к страхованию, то можно утверждать, что:

1) страховщик может осуществлять деятельность в качестве коммерческого юридического лица только в тех организационно-правовых формах, которые будут удовлетворять требованиям страхового законодательства;

2) страховщик может осуществлять деятельность в качестве некоммерческого юридического лица только в случаях, предусмотренных законом.

Надо отметить, что из всего множества организационно-правовых форм коммерческих юридических лиц требованиям страхового законодательства, предъявляемым к страховщикам, соответствуют только хозяйственные общества. Все остальные не подходят либо по формальным основаниям, либо в силу своего целевого назначения. При этом применительно к формальным требованиям, предъявляемым страховым законодательством к юридическим лицам, осуществляющим страховую деятельность, речь идет о специальной правоспособности, обусловленной лицензированием и, соответственно, требованиями лицензирования. Так, в соответствии с п. 2 ст. 32 Закона о страховании для получения лицензии на осуществление страховой деятельности соискатель в числе прочих документов должен представить в орган страхового надзора документы, подтверждающие оплату уставного капитала в полном размере. Таким образом, из числа коммерческих юридических лиц, которые могут осуществлять деятельность в качестве страховщиков, исключаются хозяйственные товарищества, хозяйственные партнерства и производственные кооперативы: в первых двух видах юридических лиц учредители формируют складочный капитал, а в производственном кооперативе — паевой фонд. По поводу государственных и муниципальных предприятий можно отметить, что хотя законодатель и устанавливает в отношении них требование о наличии минимального размера уставного капитала, тем не менее они также не могут осуществлять деятельность в качестве страховщика, прежде всего в силу того, что они не являются собственниками закрепленного за ними имущества и, соответственно, не несут самостоятельной ответственности по своим долгам и обязательствам¹.

Что касается организационно-правовых форм некоммерческих юридических лиц, то применительно к страховой деятельности можно утверждать, что не всякая некоммерческая организация эту самую деятельность может осуществлять. В частности, достаточно затруднительным будет представить в качестве страховщика деятельность религиозной организации или фонда². Представляется, что в качестве страховщика некоммерческая организация может осуществлять свою деятельность только в случаях, прямо предусмотренных законом. Причем анализ страхового законодательства позволяет утверждать, что и лицензия, как атрибут специальной правоспособности страховщика, в отношении некоммерческих организаций не всегда обязательна (обязательность в настоящее время предусмотрена только в отношении обществ взаимного страхования). Зачастую последние действуют в силу прямого указания закона, в частности, Российский союз автостраховщиков, Агентство по страхованию вкладов, внебюджетные фонды и др.

¹ Мы умышленно обходим вниманием особенности правового положения предприятий на праве хозяйственного ведения, с учетом ожидаемых изменений в ГК РФ.

² В отношении последнего не все так однозначно, поскольку в настоящее время существуют такие нормативные казусы, как внебюджетные страховые фонды, которые по своей организационно-правовой форме, согласно ст. 161 Бюджетного кодекса РФ, являются бюджетными учреждениями.

Таким образом, на наш взгляд, более уместно о страховщике говорить как об организации, осуществляющей страховую деятельность на основании лицензии или в силу прямого указания закона, при этом не акцентируя внимание на организационно-правовых формах его деятельности, поскольку последние конкретизируются в законодательстве о лицензировании и в специальных законах о том или ином виде страхования.

З.И. Цыбуленко,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права,
Саратовская государственная юридическая академия

О некоторых тенденциях развития законодательства России о правах граждан

1. Правовое регулирование общественных отношений с участием граждан, в том числе нормами гражданского, семейного и других отраслей российского права, идет непрерывно путем принятия новых законов и подзаконных нормативных правовых актов, внесения изменений и дополнений в действующие, отмены устаревших актов. В результате таких мер законы, подзаконные нормативные правовые акты должны становиться более совершенными, экономически обоснованными и финансово обеспеченными, просто и понятно изложенными, учитывать частные и публичные интересы, повышать достигнутый уровень юридической защиты прав граждан, в большей мере учитывать их имущественные интересы.

Однако анализ норм гражданского законодательства России свидетельствует о несоблюдении на практике названных требований и о некоторых отрицательных тенденциях в правовом регулировании отношений по защите прав граждан.

2. К сожалению, имеет место тенденция поспешного принятия очень большого количества законов и подзаконных актов без необходимого предварительного широкого общественного обсуждения представителями науки, практики, правоприменительных органов, граждан, в отношении которых нормативные правовые акты принимаются или в них вносятся изменения, дополнения. Отсюда низкое качество таких актов, игнорирование, нарушение прав и законных интересов граждан, что вызывает необходимость внесения в подобные акты многочисленных изменений после их принятия, создающих нестабильность законодательства и трудности в его применении. Например, за период с 2007 по 2011 г. Госдума приняла 1581 федеральный закон и одобрила 27 федеральных конституционных законов, а в 2012 г. ею принято 280 федеральных законов, среди которых есть и не отличающиеся надлежащим качеством.

3. Одна из отрицательных тенденций в правовом регулировании отношений с участием граждан — принятие немалого числа нормативных правовых актов, не обеспеченных в достаточной мере экономически (денежными и материальными средствами) для их надлежащего исполнения. В качестве примера можно сослаться на законы и подзаконные акты об обеспечении жилой площадью ветеранов и участников ВОВ, участников боевых действий, военнослужащих, граждан,

уволненных с военной службы, и членов их семей, детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей (например, федеральные законы от 12 января 1995 г. «О ветеранах» (в ред. от 7 декабря 2011 г.); от 21 декабря 1996 г. «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» (в ред. от 21 ноября 2011 г.); от 27 мая 1998 г. «О статусе военнослужащих» (в ред. от 12 декабря 2011 г.); Указ Президента РФ от 7 мая 2008 г. № 714 «Об обеспечении жильем ветеранов Великой Отечественной войны 1941–1945 годов» (в ред. от 29 января 2010 г.) и др.).

Вследствие недостаточной экономической обеспеченности названных актов многие граждане, которые должны были получить жилье в соответствии с названными актами, до сих пор не осуществили свое право на жилье, не удовлетворили жилищные потребности.

4. В практике нормотворчества, к сожалению, закрепились и такая тенденция, как принятие законов и подзаконных нормативных правовых актов, противоречащих положениям Конституции РФ, в ч. 2 ст. 55 которой запрещается издавать законы, отменяющие или умаляющие права граждан. Однако анализ норм гражданского законодательства России свидетельствует о нередких случаях несоблюдения приведенного положения Конституции РФ. Примером могут служить отмена с 1 января 2013 г. Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 15 нормы о праве детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на предоставление им жилья вне очереди; сужение Федеральным законом от 19 июля 2011 г. № 247 «О социальных гарантиях сотрудников органов внутренних дел и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред. от 8 ноября 2011 г.) круга членов семьи, подлежащих учету при предоставлении сотруднику органов внутренних дел жилья. По действовавшему до принятия названного Закона законодательству жилые помещения указанным сотрудникам должны были предоставляться с учетом всех лиц, которые проживали вместе с ним в занимаемом им жилком помещении, теперь учитываются только супруг, дети и иждивенцы.

Сейчас Правительством РФ подготовлен проект постановления об установлении социальной нормы потребления гражданами электроэнергии для бытовых нужд, согласно которому электроэнергия, потребляемая сверх названной нормы, должна будет оплачиваться по повышенному тарифу, который значительно выше обычного.

На рассмотрение Госдумы внесен проект Федерального закона о внесении изменений в ст. 837 ГК РФ, закрепляющего в ней новый вид безотзывного банковского вклада, который должен вноситься с условием предусмотренного договором отказа вкладчика от права на его получение по первому требованию. Все это ухудшает положение граждан, ограничивает их права.

5. Получила распространение практика формального исполнения законов и подзаконных нормативных актов, когда их требования и предписания не исполняются по существу, а совершаются действия, по форме напоминающие исполнение, либо они не исполняются вовсе под различными предлогами. Например, немало случаев:

1) предоставления ветеранам, участникам ВОВ, участникам боевых действий жилых помещений, непригодных для постоянного проживания с учетом их возраста и состояния здоровья;

2) выделения многодетным семьям земельных участков для строительства жилья на территориях, непригодных для этого, не обеспеченных необходимыми комму-

никациями (электроэнергией, газом, водой и т.п.), находящихся на пустырях, заросших деревьями, кустарниками, в оврагах, расположенных далеко от населенных пунктов, общественного транспорта, дорог, школ, детских дошкольных учреждений;

3) предоставления детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, жилых помещений, непригодных для постоянного проживания либо нуждающихся в капитальном ремонте, без коммунальных удобств, газового и сантехнического оборудования, в незавершенных новостройках, в коммунальных квартирах и т.п. Одна из причин такого положения — возложение обязанности по обеспечению жильем детей на органы власти субъектов РФ и недостаточное выделение им средств из федерального бюджета на эти цели.

6. Еще одна отрицательная тенденция в развитии гражданского законодательства России — усложнение правового регулирования общественных отношений с участием граждан (например, предлагаемые в Проекте изменений ГК РФ положения о вещных правах, владении, праве собственности, об обеспечении обязательств и некоторые другие); использование в законодательстве России иностранных терминов вместо аналогичных терминов в русском языке, которые только засоряют законодательство, затрудняют его понимание и применение (например, аутсорсинг, девелопер, ритейлер, дистрибьютор, неттинг, клиринг, гринмейлер, бренд, тренд, драйв, мессидж, мейстрим, креатив, кластер, кампус, контент, мониторинг, спикер, префект, инсайдер, клининг, ребрендинг, флеш-моб, эксит-полл, электорат и масса других сорных слов); бездумное, механическое заимствование норм законодательства зарубежных государств и включение их в законодательство России без учета его особенностей и традиций.

7. В практике нормотворчества России получила распространение тенденция принятия федеральных законов, подзаконных нормативных правовых актов, в которых закрепляются правила, учитывающие в большей степени имущественные интересы более сильной в экономическом плане стороны гражданского правоотношения без необходимого учета аналогичных интересов другой более слабой стороны, баланса частных и публичных интересов сторон. Нередко предпочтение отдается защите публичных интересов органов государственной власти, местного самоуправления в ущерб частным интересам граждан (например, повышение тарифов на оплату коммунальных услуг, электроэнергии, перевозки пассажиров на транспорте, предполагаемое введение на воздушном и железнодорожном транспорте безвозвратных билетов при отказе от использования, снижение размеров компенсационных выплат ветеранам, инвалидам, другим гражданам, имеющим право на льготы).

8. Недостатком развития норм гражданского законодательства является их слабая эффективность, разрыв между требованиями названных норм и состоянием тех общественных отношений с участием граждан, которые регулируются указанными нормами, недостижение тех целей, результатов, для достижения которых они были приняты. В качестве примера можно назвать нормы гражданского законодательства России, посвященные регулированию отношений с участием граждан: по приобретению и осуществлению права собственности граждан и его защите при самовольной постройке; по отчуждению имущества в собственность; по энергоснабжению граждан; по предоставлению жилых помещений гражданам; по выполнению работ и оказанию услуг для бытовых нужд; по кредитованию граждан и других отношений по защите прав потребителей.

Изложенное свидетельствует о необходимости в дальнейшем при принятии федеральных законов и подзаконных нормативных правовых актов, внесении в них изменений обеспечивать их надлежащее качество, соответствие положениям Конституции РФ, другим правовым актам. Исполнение их должно быть обеспечено в достаточной мере финансовыми средствами. Они должны учитывать взаимные интересы сторон гражданских правоотношений, закреплять баланс публичных и частных интересов, исполняться по существу, а не формально, в результате чего должны удовлетворяться потребности граждан, фактически осуществляться их права и достигаться цели принятия законов и подзаконных актов. Кроме того, надо совершенствовать нормы гражданского законодательства России, регулирующие отношения с участием граждан и практику их применения, усилить государственный и общественный контроль за надлежащим исполнением указанных актов и повысить ответственность за их нарушение или неисполнение.

О.А. Чепарина,

к.ю.н., ст. преподаватель
кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Корпоративные отношения с участием некоммерческих организаций

Не секрет, что на сегодняшний день сохраняется законодательный вакуум в правовом регулировании отношений, связанных с управлением некоммерческими организациями. Исследователями справедливо отмечается, что когда речь идет о совершенствовании законодательства о юридических лицах, некоммерческим организациям внимание уделяется по остаточному принципу, по всей видимости исходя из их меньшей по сравнению с коммерческими юридическими лицами значимости для имущественного оборота¹.

Указанная проблема касается в том числе правового оформления внутриорганизационных отношений, складывающихся в некоммерческих организациях, а также отношений между некоммерческими организациями и их учредителями (участниками). В этой связи серьезными новациями современного законодательства в сфере регулирования отношений с участием некоммерческих организаций являются:

— во-первых, изменение редакции ст. 2 ГК РФ в части включения в предмет регулирования гражданским правом корпоративных отношений (отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими);

— во-вторых, намечаемое Проектом федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²

¹ См.: *Сойфер Т.В.* К вопросу о правовом статусе некоммерческих организаций // Журнал российского права. 2009. № 1.

² <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/12976.html#.UWGkyFfQj4w>

(далее — Проект изменений в ГК РФ) отнесение отдельных видов некоммерческих организаций к числу организаций корпоративного типа.

Предлагаемые Проектом изменений в ГК РФ изменения гражданского законодательства созвучны задачам развития корпоративного законодательства, содержащимся в Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 г., среди которых выделены следующие: внедрение в российское законодательство и правоприменительную практику принципов корпоративного управления, соответствующих международному уровню; обеспечение правового регулирования, направленного на установление баланса интересов всех заинтересованных участников корпоративных отношений; развитие корпоративного законодательства в тех сферах, где отсутствует четкое правовое регулирование.

Наконец, Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации¹ (далее — Концепция), продолжая идею совершенствования правового регулирования корпоративных отношений, отмечает, что определение корпоративных отношений в качестве особого предмета гражданско-правового регулирования будет способствовать выявлению стабильных закономерностей их регулирования и дальнейшей кристаллизации этих закономерностей в виде соответствующих общих норм гражданского законодательства. Официальное разделение юридических лиц на корпорации и некорпоративные юридические лица, как следует из Концепции, позволит урегулировать в общем виде (в определенной мере единообразно даже для коммерческих и некоммерческих организаций) не только структуру управления и статус (компетенцию) органов корпораций, но и ряд их внутренних отношений, вызывающих практические споры (возможность оспаривания решений общих собраний и других коллегиальных органов, условия выхода или исключения из числа участников и т.п.). В Концепции также отмечается, что в ГК РФ следует исчерпывающим образом урегулировать гражданско-правовые конструкции некоммерческих организаций (порядок создания, структуру и полномочия органов, права и обязанности их членов или участников), что позволит устранить повторы и противоречия в законодательстве.

Проект изменений в ГК РФ вносит определенность в правовое регулирование корпоративных отношений с участием некоммерческих организаций, закрепляя в виде общих норм для всех корпораций положения о правах и обязанностях участников (членов) корпорации (ст. 65²) и об основах управления в корпорации (ст. 65³).

Значимость для регулирования организационных отношений, связанных с управлением некоммерческими организациями, представляют также предлагаемые проектом общие нормы о решениях собраний (гл. 9¹ «Решения собраний»), а также нормы, совершенствующие положения об ответственности лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица (ст. 53¹).

Поднятая в Концепции тема правового оформления внутриорганизационных отношений в некоммерческих организациях представляет чрезвычайную актуальность, поскольку на сегодняшний день сложился правовой вакуум в регулировании указанной сферы отношений.

И здесь к рассматриваемому нами кругу вопросов тесно примыкает проблема правового регулирования организационных отношений, связанных с управле-

¹ <http://privlaw.ru>

нием унитарными некоммерческими организациями. Ведь отдельные унитарные некоммерческие организации подчас обладают более сложной организационной структурой, чем некоторые виды корпоративных некоммерческих юридических лиц. Например, сложной системой внутриорганизационных отношений обладает автономное учреждение, такие формы учреждений, как государственные (муниципальные) высшие учебные заведения. В отношении указанных организаций чрезвычайно важным представляется идея Концепции, согласно которой нормы, регулирующие корпоративные отношения, могут также применяться на субсидиарной основе и к юридическим лицам некорпоративного типа, если иное не вытекает из существа таких отношений. К сожалению, указанное положение не нашло отражения в Проекте изменений в ГК РФ.

В то же время можно говорить о положительных тенденциях в указанной сфере. Так, в Проекте изменений в ГК РФ намечается подробное законодательное регулирование организационных отношений, связанных с управлением учреждением. В частности, Проектом изменений в ГК РФ предлагается закрепить единую для всех учреждений норму о системе органов учреждения. К числу таких органов документ предлагает отнести руководителя, назначаемого учредителем либо избираемого его коллегиальным органом и утверждаемого его учредителем (для государственных и муниципальных учреждений), а также коллегиальный орган (совет), подотчетный учредителю, который может создаваться в случаях и в порядке, предусмотренных законом (п. 4 ст. 120 в редакции Проекта изменений в ГК РФ)¹. Важными представляются изменения в ГК в части регламентации прав собственника имущества учреждения (учредителя) (ст. 306.1 в редакции Проекта изменений в ГК РФ). Указанная норма впервые законодательно оформляет гражданско-правовые отношения между учредителем и созданным им учреждением. В соответствии с проектом к ведению собственника имущества учреждения относятся вопросы создания учреждения, определения предмета и целей его деятельности, реорганизации и ликвидации, осуществления контроля за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего учреждению имущества, а также осуществление иных полномочий, предусмотренных законом или уставом предприятия или учреждения.

Таким образом, проблема законодательного оформления корпоративных отношений на практике представляется более широкой, требующей развернутого взгляда на организационные отношения, связанные с управлением всеми юридическими лицами, и выработки единых подходов гражданско-правового регулирования указанной сферы отношений. Между тем недостатком Проекта изменений в ГК РФ в части регламентации отношений по управлению юридическими лицами является отсутствие в нем общих норм об управлении унитарными организациями в целом и некоммерческими организациями унитарного типа в частности, в том числе норм, регулирующих отношения между учредителем (учредителями) и унитарной организацией, а также норм, регулирующих отношения, связанные с формированием и функционированием органов такой организации.

¹ К сожалению, Проектом изменений в ГК РФ оставлены без внимания нормы законодательства, предусматривающие создание в отдельных учреждениях коллегиальных органов, не подотчетных учредителю, например конференций работников государственных высших учебных заведений, ученых советов вузов и др.

ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

Е.В. Басос,

помощник судьи,

Ногинский городской суд Московской области

Вопрос о делимости зданий в российском дореволюционном праве

Одной из характеристик вещи, которой еще римское право присваивало важное юридическое значение, является ее делимость или неделимость. Римские юристы признавали, что «юридически делима та вещь, которая может быть разложена на части без разрушения ее существа (*substantia*) и понижения ценности»¹. Неделимость вещей выводилась из того, что их нельзя разделить, не уничтожив или не повредив — «*quae sine interitu (sine damno) divi non possunt*»². Из недвижимых вещей, по мнению Барона, к делимым однозначно относятся земельные участки; а из движимых вещей — только те, которые обыкновенно определяются мерой и весом³.

В российском дореволюционном праве проблеме делимости вещи уделялось значительное внимание. Признавалось, что неделимость вещи может быть естественная и законная. «Естественная неделимость обнаруживается тогда, когда части, на которые вещь могла бы быть разделена, утрачивают сущность и значение целого. Вещь делима лишь тогда и настолько, когда и насколько части ее являются тем же, чем было целое, только в уменьшенном виде. В каждой отдельной части сохраняются качества и экономическое назначение целого. Законная неделимость устанавливается по соображениям законодателя независимо от естественной делимости. Закон признает нередко неделимость там, где по природе своей вещи допускают деление»⁴.

Юридическое значение рассматриваемого деления заключается в том, что нераздельные вещи, являющиеся таковыми по существу или признаваемые такими по закону, могут принадлежать только одному собственнику или быть в общей собственности. Раздел неделимой вещи так, чтобы субъективное право собственности возникло у каждого участника относительно отдельной реальной части этой вещи, невозможен.

Российское дореволюционное законодательство выделяло недвижимое имущество делимое и неделимое, называя его соответственно раздельным и нераздельным. Так, в ст. 393 т. X Свода законов Российской империи⁵ указано, что недвижимые имущества, когда они могут быть разделены на особые части таким образом, что каждая может составлять отдельное владение, называются раздельными; когда же они по существу их, или по закону, напротив, не могут подлежать такому раздроблению, то на-

¹ Барон Ю. Система римского гражданского права / пер. и предисл.: Л. Петражицкий. 3-е изд., испр. (по 9-му нем. изд.). СПб., 1909. С. 88.

² Дождев Д.В. Римское частное право: учебник для вузов / под ред. В.С. Нерсисянц. М., 1996. С. 315–316.

³ Барон Ю. Указ. соч. С. 88.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 182.

⁵ Свод законов Российской Империи: Свод законов гражданских: С примечаниями и ссылками на позднейшие узаконения и оглавлением. Т. 10: Ч. 1. СПб., 1900.

зываются нераздельными. В следующей статье — ст. 394 т. X Свода законов перечисляются те недвижимые имущества, которые признаются нераздельными по закону, к категории таковых отнесены: 1) фабрики, заводы, лавки; 2) участки земли, не более восьми десятин содержащие, полученные в собственность бывшими государственными крестьянами по правилам 20 февраля 1803 г.; 3) аренды; 4) золотые прииски, состоящие на землях казенных и Кабинета Его Императорского Величества; 5) имения майоратные в западных губерниях; 6) участки, отведенные по правилам 20 июля 1848 г. по Высочайшим повелениям, малоимущим дворянам для поселения; 7) железные дороги со всеми их принадлежностями. Затем примечанием к этой статье дворяны в городах хотя и причисляются к имуществам нераздельным, но обширные из них дозволяется разделять на части для продажи их порознь. Кроме этого, на основании ст. 395 Свода законов по желанию владельцев недвижимых имуществ и их имущества раздельные могут быть объявлены по Высочайшему утверждению нераздельными, после чего и считаются уже заповедными наследственными имуществами.

Однако приведенный в законе перечень неделимого недвижимого имущества признавался далеко неполным и мог быть расширен за счет других законодательных актов. Кроме того, определенное недвижимое имущество было провозглашено рядом законодательных актов не безусловно нераздельным, а нераздельным или до наступления известных обстоятельств, или же до известного предела. «Объявляются, таким образом, имуществом нераздельным этими узаконениями как целые наделы крестьянских обществ, так и подворные участки отдельных домохозяев, очевидно, не навсегда, но до наступления известного обстоятельства, именно до погашения лежащей на них выкупной ссуды от правительства»¹.

Существовавший в законе перечень неделимого недвижимого имущества вызывал споры среди дореволюционных ученых цивилистов.

Так, К.П. Победоносцев указывал на то, что дома не относятся к нераздельному имуществу. В подтверждение своего мнения ученый приводит и судебные решения. «Так, в 1862 году Сольвычегодская ратуша не приняла ко вводу во владение раздельный акт братьев Рогожиных, в коем из одного дома одному из сонаследников предполагалось назначить две торговых лавки в нижнем этаже и несколько комнат в верхнем, а остальное удержать за другим наследником. Общ. Собр. 4, 5 и Меж. Д-тов утвердило это мнение ратуши, признав, что дом не может быть разделен на особые части, так чтобы каждая часть состояла в отдельном владении. Если допустить распределение дома между несколькими владельцами по комнатам, то право собственности каждого будет неполное, т.к. владелец без согласия других не вправе будет предпринимать постройки и починки в стенах физически уже не подлежащих разделу. Кроме того, распределение дома между несколькими владельцами имело бы последствием затруднения и споры при самом платеже податей, отправлении повинностей (реш. О.с. 5 февраля 1865 г.)»².

К. Змирлов в своей статье «О недостатках наших гражданских законов»³ обращал внимание на то, что ст. 394 Свода законов относит к разряду имуществ нераздельных

¹ Анненков К. Система русского гражданского права. Т. I: Введение и общая часть. 2-е изд., пересмотр. и доп. СПб., 1899. С. 290.

² Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. I—III. СПб., 1896. С. 69—70.

³ Змирлов К. О недостатках наших гражданских законов // Журнал гражданского и уголовного права. 1883. Кн. 3. С. 96.

прежде всего только фабрики, заводы и лавки. Затем ни в остальных пунктах ст. 394 Свода законов и ни в какой другой статье не упоминается о том, к какому имуществу, раздельному или нераздельному, должны быть отнесены всякого рода другие строения, кроме поименованных в п. 1 ст. 394, в частности дома. По мнению К. Змирлова, все строения нераздельны по самой их природе, так как с разделением их на части они утрачивают свой первоначальный характер и превращаются в груды простого материала.

На этом же основании и Н. Х-ский в своей заметке «О части в недвижимом имуществе по смыслу 393 ст. Х т. ч. 1»¹ полагает, что дома относятся к разряду нераздельного имущества.

С мнением К. Змирлова и Н. Х-ского был не согласен Г.Ф. Шершеневич, полагавший, что нельзя безусловно относить дом к неделимой вещи по существу. «Действительно, многие дома являются по природе неделимыми, потому что, при разделе их, отдельные части, лишенные необходимых принадлежностей, кухни, погреба, сараев, дровяников, нередко двора, не будут отвечать той цели, для которой существует дом. Но это обстоятельство может и не встретиться — обширный дом может иметь многочисленные службы и пристройки, так что при разделе каждая часть была бы снабжена всем необходимым. Увеличение необходимых принадлежностей может быть предпринято намеренно в виду предполагаемого раздела»². Таким образом, Г.Ф. Шершеневич пришел к мнению, что по существу дом должен признаваться вещью раздельной, но это может быть опровергнуто невозможностью деления конкретного дома с сохранением за частями экономического значения целого.

Можно заметить, что позиция Г.Ф. Шершеневича наиболее близка современному законодательному подходу к вопросу делимости зданий. Российское законодательство допускает деление здания (дома) как по вертикали (с выделением отдельного земельного участка), так и по горизонтали (например, право индивидуальной собственности на этажи, квартиры, комнаты).

О.А. Бегишева,

ст. преподаватель кафедры частного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального университета
в г. Набережные Челны

Искусственный земельный участок как объект гражданских прав

Несмотря на то, что общие представления об объектах гражданских прав в теории права являются достаточно устоявшимися, жизнь внесла свои коррективы в, казалось бы, стабильный институт. Законодательство не стоит на месте, о чем свидетельствуют и изменения, внесенные в ГК РФ, и принятие новых нормативных актов, которые заставляют по-новому смотреть на некоторые правовые категории.

¹ *Х-ский Н.* Понятие «части» в недвижимом имуществе по смыслу 393 ст. Х т. ч. 1 // Юридический вестник. 1881. № 7. С. 506.

² *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. Т. 1. М., 2005. С. 183.

Так, в Федеральном законе «Об искусственных земельных участках, созданных на водных объектах, находящихся в федеральной собственности, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон об искусственных земельных участках) определены правовые основы регулирования отношений по созданию и введению в эксплуатацию нового объекта земельных и гражданских правоотношений — искусственно созданного земельного участка. По сути появился новый объект гражданских прав, который может находиться, в зависимости от разных обстоятельств, в любой, в том числе государственной, форме собственности. Закон об искусственных земельных участках также внес изменения и дополнения в 15 действующих нормативных актов, включая ЗК РФ¹, что, несомненно, повлияет на развитие гражданского и земельного законодательства, а также теории права.

Категория объекта гражданских прав, по мнению многих цивилистов, совпадает с понятием объекта гражданских правоотношений. Их классификации посвящено множество цивилистических исследований, в том числе труды Г.Ф. Шершеневича, который, исследуя природу вещных прав, уделил внимание данной проблематике. Объектом права он считает все то, что может служить средством осуществления интереса. С его точки зрения, такими средствами могут быть: вещи, т.е. ограниченные части материального мира, действия других лиц, состоящие в передаче вещи, в личных услугах, в приложении своей рабочей силы. При этом вещи и чужие действия составляют экономические блага, и запас таких благ, находящихся в обладании известного лица, называется имуществом с экономической точки зрения². Искусственный земельный участок, как «ограниченная часть материального мира», в контексте изложенных ученым положений также является вещью и имуществом с экономической точки зрения.

К вещам традиционно относят предметы материального мира, которые могут быть в обладании человека и которые служат удовлетворению его потребностей. Г.Ф. Шершеневич отмечал, что вещи, составляющие объект юридических отношений, представляют наибольшее разнообразие сравнительно с другими объектами, и потому остановился на рассмотрении отдельных видов вещей. С его точки зрения, наибольшую важность представляет деление вещей на движимые и недвижимые. Он писал, что «это различие образовалось исторически, вследствие преобладающего в средние века значения земли, отчего и сделки по недвижимостям всегда отличались от сделок по движимостям. Но основание для различия не только историческое. Земля вследствие ее ограниченности необходимо подвергается в частном обладании таким ограничениям, которые чужды движимым вещам. Землевладение представляет большое политическое и финансовое значение; с землею тесно связаны вопросы о кредите». Различие между движимыми и недвижимыми вещами он выделял по признаку «способны они или нет к перемещению без повреждения сущности и без уменьшения ценности». Под «именем недвижимости» он понимал прежде всего «часть земной поверхности и все то, что с нею связано настолько прочно, что связь не может быть порвана без нарушения вида и цели вещи»³.

¹ Изменения касаются понятийного аппарата, вопросов создания таких территорий, возникновения права собственности на них и др.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. § 14: Вещи как объекты права. М., 2006 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 96. Классификация вещей на движимые и недвижимые присутствует и в действующем законодательстве; наиболее общие положения об этом содержатся в ст. 130—132 ГК РФ.

Искусственный земельный участок, как и участок естественного происхождения, несомненно, является объектом недвижимости.

Вещи классифицируются по различным основаниям, и каждая классификация имеет определенное правовое значение, т.е. применительно к отдельным видам вещей установлены различные правила. Помимо приведенной Г.Ф. Шершеневичем классификации, следует отметить подразделение всех вещей на: полностью оборотоспособные, ограниченные в обороте и изъятые из оборота (ст. 129 ГК РФ). Искусственный земельный участок, как объект гражданских прав и разновидность вещей, может быть отнесен к любой из трех групп, в зависимости от того, в каких целях он был создан и какой объект размещен на нем, так как именно это обстоятельство (наличие недвижимого имущества тесно и неразрывно связанного с ним) будет определять его оборотоспособность и форму собственности.

Бывают вещи индивидуально-определенные и определяемые родовыми признаками. Недвижимость — это всегда индивидуально-определенная вещь. Индивидуализация земельного участка как объекта недвижимости производится путем присвоения ему кадастрового номера. Несмотря на то, что по вопросам идентификации искусственного земельного участка были внесены изменения в Федеральный закон «О государственном кадастре недвижимости» (ст. 25¹ «Особенности кадастрового учета искусственного земельного участка»), очевидно, возникнут технические проблемы с оформлением на местности и кадастровым учетом, так как данные отношения новым законодательством урегулированы крайне противоречиво, как и отношения по переводу искусственных земельных участков в иные категории и регистрации прав.

Надо отметить, что земельный участок традиционно рассматривается как природный объект и составная часть окружающей среды и объект права собственности (ст. 1, 6 ЗК РФ).

Анализируя признаки земельного участка, юристы обращали внимание на его естественный характер и нерукотворность,¹ а искусственными объектами называли здания и сооружения², водохранилища, пруды, обводненные карьеры и каналы³. Участок, возникший за счет водоема, в результате насыпки грунта именовался «вновь созданным»⁴.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ создание насыпных или намывных территорий рассматривается как искусственное приращение прибрежного земельного участка⁵. В технической литературе искусственный земельный участок именуется намывной территорией, т.е. природно-техногенным массивом, образованным намывом грунта на естественное основание и ограниченным площадью намыва, а по глубине — активной зоной взаимодействия с гео-

¹ См.: Чубаров В.В. Проблемы правового регулирования недвижимости. М., 2006. С. 158.

² См.: Крассов О.И. Комментарий к Земельному кодексу РФ. М., 2010. С. 3.

³ См.: Комментарий к Лесному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. С.А. Боголюбова. М., 2010. С. 49 (автор комментария — Ю.И. Шуплецова).

⁴ См.: Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. М., 2007. С. 61.

⁵ См. п. 3.4.7 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации; одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

логической средой¹. Упомянутый Закон об искусственных земельных участках также говорит о том, что искусственный земельный участок создается путем работ по намыву или отсыпке грунта либо работ, проводимых с использованием иных технологий. Также было отмечено, что процесс создания искусственного земельного участка похож на возведение объекта капитального строительства, но в результате образуется земельный участок, ничем не отличающийся от других участков. Как единый объект он распадается на два объекта: объект капитального строительства и земельный участок. Однако действующее законодательство и даже упомянутый Закон об искусственных земельных участках не содержат ответа на вопрос: по каким признакам надлежит отличать искусственный земельный участок от объекта капитального строительства? Градостроительное и земельное законодательство не в полной мере учитывают специфику отношений по возведению и приобретению прав на такие объекты².

Намывная территория представляет собой часть земной поверхности, но в то же время является продуктом деятельности человека, т.е. искусственным объектом, в связи с чем существует проблема разграничения понятий «гидротехническое сооружение» и «искусственный земельный участок», так как технология их создания может быть одинаковой³.

По итогам вышеизложенного приходим к выводу, что есть много нерешенных проблем, связанных с появлением нового объекта гражданских прав. Сложно урегулировать данные правоотношения. Это вызвано рядом причин. Во-первых, речь идет о создании их на водных объектах, находящихся в федеральной собственности, поэтому необходимо более четко регламентировать вопрос о субъекте права собственности на искусственный земельный участок. Во-вторых, цель создания таких территорий — строительство на них зданий, сооружений и(или) их комплексного освоения в целях строительства, что требует соблюдения как минимум норм экологического и градостроительного законодательства. В-третьих, есть проблемы с их идентификацией и регистрацией. Неурегулированными остаются и отношения, связанные с возникновением, изменением, осуществлением и прекращением прав на такой объект. Подводя итог, можно сформулировать следующее понятие: искусственный земельный участок как объект гражданских прав — это индивидуально-определенная в установленном законом порядке часть поверхности земли конкретного целевого назначения в границах территории Российской Федерации, получившая экономическую оценку, право собственности на нее зарегистрировано в порядке, установленном законодательством.

¹ См., например: ТСН50-303-96НН. Основания и фундаменты зданий и сооружений на намывных территориях Нижегородской области. Инженерные изыскания (URL: <http://docs.cntd.ru/document/1200005734>).

² См.: Галиновская Е.А., Кичигин Н.В. Правовые проблемы создания и определения режима искусственных земельных участков // Правовые вопросы строительства. 2008. № 2. С. 12–16.

³ См.: Тикк О.К. Проблемы правового статуса намывных территорий // Закон. 2007. № 1. С. 13. Следует также отметить, что Закон об искусственных земельных участках, Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с изм. от 19 июля 2011 г.), Водный кодекс РФ (с изм. от 28 июля 2012 г.) и другие акты, предусматривающие возможность создания искусственных земельных участков, не отграничивают их от гидротехнических сооружений и не устанавливают порядок придания создаваемому объекту статуса земельного участка с последующим его отнесением к соответствующей категории исходя из целей создания.

Е.И. Высоцкая,

аспирант,

Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

Правовой режим товаров

В сфере правового регулирования сущностные, а также полезные свойства предметов и явлений представляют интерес лишь в той мере, в какой они предопределяют, кто и какие действия в отношении данного предмета может совершать в рамках закона. Любое социальное благо характеризуется по принадлежности к тому или иному разряду объектов гражданских прав — вещи, работы, услуги, нематериальные блага и т.д. Тем самым определяется правовой режим, присущий вещам, работам, услугам, нематериальным благам и т.д.¹

По сути правовой режим складывается в результате закрепления в нормативных правовых актах требований, при помощи которых общество и государство влияют на становление и развитие отношений в той или иной сфере общественной жизни. В связи с этим для определения правового режима товаров предстоит выяснить, какие сущностные свойства вещей, могущих принимать форму товаров, учитываются законом при введении в оборот продуктов производства, их участии в обороте в качестве товаров. Товарам, как объектам оборота, присущи определенные свойства, обуславливающие их спрос, т.е. введение названных объектов в оборот возможно лишь, если товар обладает потребительскими свойствами. Товар выступает предметом торговой деятельности, и действия с ним возможны путем совершения торговых операций. Правовой режим товаров формируется в сфере практической деятельности субъектов торгового оборота, содержание которой образуют торговые операции, производимые как купля-продажа товаров и сопряженные с их движением, транспортировкой, хранением, упаковкой, расфасовкой и пр. Это означает, что вещи, изготовленные как продукция, должны быть доведены до потребительского состояния: соответствующим образом расфасованы, упакованы, промаркированы, снабжены сертификатами и другой необходимой документацией, например, инструкцией по эксплуатации или по применению. На товары устанавливаются определенные сроки их реализации и использования — гарантийные сроки, сроки службы, сроки годности. По сравнению с вещами, участвующими в гражданском обороте с установлением разных по своей сущности прав в отношении вещей, товар приобретает на праве собственности, а затем отчуждается по правилам, регулирующим переход права собственности. Правила оборота товаров расширяются за счет специальных норм, регулирующих именно оборот товаров. Так, например, ст. 456 ГК РФ предусматривает, что одновременно с передачей проданного товара продавец обязан передать покупателю документы, без которых использование товара невозможно. В связи с этим представляется ошибочным подход, при котором в качестве товара рассматривается вещь, которая была в эксплуатации и, например, передает-

¹ См.: Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2005. С. 7.

ся продавцу на условиях «обратной» купли-продажи. Представляется, что предметом «обратной» продажи является не товар, а бывшая в употреблении вещь, принадлежащая не торговцу, а потребителю. Обязанности по продаже товаров возможны только для торговца как специального субъекта – участника товарооборота. В то время как собственник вещи – потребитель не обязан выполнять предписания закона, регулирующие торговый оборот, для него это сделка купли-продажи, а не торговая сделка.

В юридической литературе существуют различные понятия правового режима объектов гражданских прав, но в то же время общим является то, что оно олицетворяет функциональную характеристику права – определенный порядок правового регулирования, воплощаемый в комплексе правовых средств, с помощью которых достигаются цели правового регулирования¹. Ученые цивилисты воспринимают правовой режим как совокупность правил поведения, складывающихся в отношении того или иного объекта гражданских прав, или понимают под правовым режимом определенный законодательно порядок осуществления гражданских прав в отношении определенного объекта. Правовой режим товаров имеет свои особенности, связанные с особенностями самого объекта гражданских прав – товара. В первую очередь, так как товар входит в группу объектов гражданских прав материальной группы (в отличие от нематериальных благ и интеллектуальной собственности), в отношении него законодательно установлено такое правило правового режима, как оборотоспособность, возможность отчуждаемости. Более того, данное свойство является именно особенностью товара.

Оборот товаров осуществляется по правилам, которые действуют именно в торговле как применительно к правовому статусу субъектов торговой деятельности, так и в отношении объектов оборота. Правила оборота товара также отличаются от правил, по которым в гражданском обороте участвуют вещи, например, недвижимость, музейные экспонаты, земельные участки, полезные ископаемые. Эти различия обусловлены тем, что есть вещи, имеющие экономическую форму товара, и вещи, не имеющие такой формы и не способные в нее воплотиться. Поэтому правовой режим товара складывается как правовой режим вещей, имеющих экономическую форму товара. Складывается правовой режим товаров из правил их введения в оборот и правил участия в обороте. Одним из таких правил является установление определенных обязательных требований к качеству товара. Как отмечает Ю.А. Кузнецова, категория качества неприменима к вещным правоотношениям. Даже при повреждении вещи и неспособности в полной мере удовлетворять потребности собственника он не лишается своего вещного права, продолжает нести бремя содержания вещи, риска ее случайного повреждения или гибели². В отличие от вещей, нематериальных благ, интеллектуальной собственности товар обязательно должен быть качественным и безопасным. Кроме этого, вытекающей из требования качества и безопасности товара особенностью правового режима товара является правило об

¹ См.: *Беляева Г.С.* Правовой режим: к определению понятия // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2012. № 3–2. С. 33–35.

² См.: *Кузнецова Ю.А.* Понятие качества гражданско-правовых договоров // Российский судья. 2012. № 6.

установлении сроков годности для определенных товаров, по истечении которых допущенный в оборот и предназначенный для использования товар перестает быть таковым и подлежит изъятию и уничтожению, будучи непроданным в этот период. Показатели качества и безопасности новых пищевых продуктов, материалов и изделий, сроки их годности, требования к их упаковке, маркировке, информация о таких пищевых продуктах, материалах и изделиях, условиях изготовления и оборота таких пищевых продуктов, материалов и изделий, программах производственного контроля за их качеством и безопасностью, методиках испытаний, способах утилизации или уничтожения некачественных и опасных пищевых продуктов, материалов и изделий должны быть включены в технические документы.

Продолжением действия режимных норм о качестве и безопасности товаров являются правила об отзыве из оборота и от потребителей товара, если он угрожает здоровью и имуществу потребителя, окружающей среде и по своим свойствам является опасным. В этом случае изготовитель обязан незамедлительно приостановить его производство, а продавец реализацию и принять все необходимые меры для устранения возможного причинения вреда. Кроме норм, определяющих качественные характеристики товара и требования о его безопасности, существуют нормы, определяющие количественные данные о товаре, а также о частях, из которых составляется единица товара. Количество является существенным условием при продаже любых вещей по договору купли-продажи. Однако если предметом продажи являются товары, то подлежит согласованию их ассортимент.

Еще одной характерной особенностью правового режима товаров является возможность индивидуализации одной группы товаров среди множества товаров других производителей и продавцов с помощью специально предназначенных средств индивидуализации – товарных знаков и наименований мест происхождения товаров¹. Средства индивидуализации вещей как объектов прав ГК РФ не предусматривает. Следующей особенностью правового режима товара является возможность правового регулирования субъектных составов производителей потенциального товара, его продавцов и покупателей. К числу законодательных норм, устанавливающих правовой режим товаров, следует отнести и нормы, установившие правила по обращению социально значимых товаров.

Для формирования правового режима товаров существует специальная нормативная база. Среди нормативных конструкций ГК РФ есть такие, которые предназначены для регулирования действий именно с товаром: залог товаров в обороте, договор поставки, розничная купля-продажа, договор складского хранения, приравнивающий оборот складских свидетельств к обороту товаров, товарный кредит и некоторые другие.

Важно также, что правовой режим товаров можно подразделить на общий и специальный. Общий режим распространяется на все виды товаров и содержит в себе правила, имеющие одинаковое значение для товаров любого вида. Например, независимо от вида товара любой товар, будь это продукты питания, лекарственные

¹ См.: Кондратьева Е.А. Товарный знак как средство индивидуализации товаров // Коммерческое право. 2012. № 1 (10). С. 126.

средства, игрушки, бытовая техника или посуда, должен быть качественным и безопасным при его применении по назначению, должен пройти специальную предпродажную подготовку. Специальный правовой режим распространяется на отдельные виды товаров и состоит из норм, регулирующих только конкретный вид продукта. Например, специальный правовой режим имеют пищевые продукты — товары особого рода, а среди них по особым правилам участвуют в обороте продукты детского питания, алкогольная продукция.

Поэтому правовой режим товаров можно определить как совокупность общих и специальных норм, при помощи которых обеспечивается возможность введения товаров в оборот, возможность товародвижения и обращения товаров, а при необходимости их изъятие из оборота.

М.Н. Греков,

аспирант кафедры предпринимательского права,
Московский государственный юридический университет
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

Вклад Г.Ф. Шершеневича в зарождение рынка производных финансовых инструментов в России

Книга Г.Ф. Шершеневича «Наука гражданского права в России» вышла в свет в 1893 г. В ней нашли освещение основные этапы развития российской науки гражданского права с середины XVIII в. до 90-х годов XIX в.

Работа Г.Ф. Шершеневича, как и его другие труды, получила весьма противоречивую оценку юридической общественности: одни рецензии носили одобрительный характер (например, рецензия Е. Васьковского), другие — едкий и язвительный (например, рецензия А.И. Загоровского). Наверное, это не случайно. По собственному признанию Г.Ф. Шершеневича, «обзор состояния науки гражданского права в России со времени перенесения ее на русскую почву до последних дней сам собой говорит о том, каковы могли быть ее результаты для жизни. Не имея традиций, улавливая каждую новую мысль в готовности создать из нее целое направление, наука не могла пустить глубоких корней в нашу практику и определить себе путь, по которому должны идти дальнейшие исследования ученых»¹, т.е. само состояние науки гражданского права на момент выхода книги Г.Ф. Шершеневича не позволяло делать какие-либо фундаментальные выводы о закономерностях ее развития. Поэтому исследование науки гражданского права того периода носило в большей степени черты литературного обзора ее состояния.

Профессор Казанского университета Г.Ф. Шершеневич издавал чуть ли не ежегодно по капитальному труду, относящемуся к области гражданского и торгового права: «Система торговых действий» (1888), «Курс торгового права» (1888—1889, 2-е изд. 1892), «Учение о несостоятельности» (1890), «Авторское право на литературные произведения» (1891).

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Т. 2. СПб., 1908. С. 558.

Г.Ф. Шершеневич указывал, что в основании сделки на разницу будет лежать «намерение сторон исполнить ее простым расчетом разности. При совершении таких сделок часто ни продавец не имеет товара, который обязался поставить, ни покупатель — суммы денег, какую он должен будет заплатить. Это будут сделки на разность, которые хотя могут совершаться вне биржи, но существуют и питаются главным образом биржевой атмосферой»¹.

Первоначально законодательства европейских стран отрицательно относились к сделкам на разницу, впрочем, как и ко всем срочным сделкам, особенно тем, которые имели предметом биржевой товар². В подобных сделках законодатель усматривал спекуляцию, вредную для общества. Кроме того, судебная практика стала приравнивать указанные сделки к играм и пари и на этом основании лишать требования по таким сделкам судебной защиты. В Англии в 1784 г. появляется закон, известный под именем *Sir John Bernard's act*, который был призван искоренить «бесчестный обычай спекуляции»³. Со временем отношение к срочным сделкам меняется. По свидетельству Г.Ф. Шершеневича: «...во второй половине XIX столетия обнаруживается иное течение... в этом новом направлении пошел французский Закон от 28 марта 1885 года, признавший защиту биржевых сделок. В том же духе высказался Испанский кодекс 1885 года, затем австрийский Закон от 1 апреля 1875 года и германский биржевой Закон от 22 июня 1896 года»⁴.

Статья 2167 т. X ч. 1 Свода законов Российской империи устанавливала, что «всякие условия между частными лицами, как на бирже, так и вне оной, о покупке и продаже акций или расписок не за наличные деньги, а с поставкой к известному сроку по известной цене решительно воспрещаются с тем, чтобы условия таковых, если будут предъявлены к суду, считать недействительными, а обличенных в подобных сделках подвергать наказаниям, за азартные игры установленным; маклеров же и нотариусов, которые отважатся совершать сего рода условия, отрешать от должности». Однако суды пошли по пути лишения исковой защиты прав, вытекающих из срочных сделок на разницу, заключаемых на фондовой бирже вообще, независимо от предмета сделки. «...Практика коммерческих судов и 4-го департамента Правительствующего Сената по совершенно неправильным соображениям считает сделки на разность запрещенными по русским законам»⁵, — отмечал В. Радлов. В частности, при рассмотрении дела Петрококино и Герцберга суд принял решение о применении ст. 2167 к отношениям сторон срочного договора, несмотря на то, что предметом договора выступали не акции, заключение срочных сделок на которые было запрещено ст. 2167, а выигрышные 5-процентные билеты. Комментируя указанное дело, К.П. Победоносцев поясняет: «...высказывалось, что по духу правила ст. 2167 действие его должно простирается не только на акции, но и на другие процент-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003. Т. 2. С. 489.

² См.: Игнатов Я.Н. История возникновения и реалии расчетных форвардных контрактов в России // Предпринимательское право. 2011. № 2. С. 24–29.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. 9-е изд., 2-е посмертное. М., 1919.

⁴ Игнатов Я.Н. Указ. соч. С. 24–29.

⁵ Радлов В. Сделки на разность // Журнал гражданского и уголовного права. 1885. № 1. С. 75.

ные бумаги»¹. Иной точки зрения придерживался Г.Ф. Шершеневич, который полагал, что «законодатель хотел устранить только влияние биржи на судьбу акционерных предприятий», поэтому и были запрещены срочные сделки с акциями, а не с иными ценными бумагами. «Можно было, конечно, предполагать, что законодатель имел в виду пресечь вообще биржевую игру и только не нашел достаточного полного выражения своей мысли. На сторону этого предположения стала наша судебная практика, распространившая запрет на все вообще сделки на разность», — писал Г.Ф. Шершеневич².

Позиция Г.Ф. Шершеневича представляется более обоснованной, особенно если принять во внимание «противоречащее остальным решение по делу Гинцбурга с Кохом»³. Сенат в данном решении определил, «что для признания по указанному делу спорной сделки, не пользующейся покровительством закона, необходимо, чтобы было доказано, или что заключение подобных сделок прямо запрещено законом, или что означенные сделки преследуют цель, законам противную (ст. 1529 т. X ч. 1); но ни то, ни другое в деле не доказано. Закона, запрещающего приобретение трат на иностранных банкиров, через посредство договора поставки таковых в течение известного срока по курсу, определенному в момент заключения сделки, не существует, а ст. 2167 т. X ч. 1, на которую ссылается ответчик, никакого применения по настоящему случаю иметь не может».

Вопрос о природе сделок на разницу в теории цивилистики также получил неоднозначное решение. Г.Ф. Шершеневич считал такие сделки «по своей природе сделками пари, которое выигрывается теми, кто лучше осведомлен насчет положения рынка и обстоятельств, способных оказать на него влияние». При этом Г.Ф. Шершеневич отмечает, что провести границу между обычными срочными сделками и сделками на разницу весьма трудно. Это и понятно, ведь часто стороны, заключая срочную сделку с намерением поставить товар, исполняют ее уплатой разницы⁴.

В частности, именно благодаря трудам Габриэля Феликсовича в России возникло понимание такого сложного понятия, как сделка на разницу, в своем роде прародителя западных деривативов и современных российских производных финансовых инструментов. Россия пошла своим путем, не копируя слепо западную доктрину и прививая чуждые русскому праву правовые отношения, а выстраивая свои нормы гражданского права, немалый вклад в которые внес Г.Ф. Шершеневич.

В завершение статьи хотелось бы привести пророческие слова Г.Ф. Шершеневича о пути российского права, произнесенных на заседании юридического клуба Московского университета: «...начинаешь думать, что историческое направление составляет нечто самобытное, выросшее собственно на русской почве, без всякого западного влияния!»⁵

¹ Пободоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 3. М., 2003. С. 528.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2. С. 504.

³ Носенко. Сборник решений 4-го департамента и общих собраний Правительствующего Сената по делам коммерческих судов Империи. Т. IV. СПб., 1880. № 80. С. 253.

⁴ Игнатов Я.Н. Указ. соч. С. 24–29.

⁵ Биографический словарь профессоров и преподавателей Московского университета. Т. 1. 1855. С. 305.

Д.Е. Медведев,

нач. отдела юридического сопровождения
Управления по реализации проектов строительства,
ОАО «Татнефть» им. В.Д. Шашина

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича применительно к реалиям современности в вопросах исследования объектов нефтегазодобывающих производств как объектов гражданских прав

Как вещи, объекты нефтегазодобывающих производств также характеризуются определенными, присущими исключительно им качествами. Наука гражданского права и гражданское законодательство РФ определяют в вещах как основные сущностные элементы (те или иные качества, которые имеют как теоретическую), так и практическую важность при определении, например, правового режима вещи и ряда иных ее особенностей, имеющих юридическое значение. В силу этого вещи классифицируются в зависимости от многочисленных оснований.

Одним из таких оснований является возможность свободного отчуждения вещи — оборотоспособность вещей (ст. 129 ГК РФ), что лежит в основе подразделения их на полностью оборотоспособные, ограниченные в обороте и изъятые из оборота. Что касается основных объектов нефтегазодобывающих производств, то они являются полностью оборотоспособными вещами. Никаких запретов или ограничений на отчуждение таких вещей, как, например, буровой установки, нет, и они могут свободно отчуждаться, переходить от одного лица к другому. Что касается производных объектов нефтегазодобывающих производств, например нефтяной добывающей скважины, то она может принадлежать лишь определенным участникам гражданского оборота, которые имеют соответствующее лицензионное соглашение на разработку и эксплуатацию нефтяного месторождения, на котором она построена.

Конечно же нефтегазодобывающее предприятие вправе продать такой объект нефтегазодобывающих производств, как нефтяную скважину, но только тому участнику оборота, который одновременно при его покупке станет стороной лицензионного соглашения в результате перемены лица в обязательстве. В этой связи учеными в области гражданского и горного права неоднократно высказывались предложения о внесении в соответствующие законы дополнения об отнесении подобных объектов к числу ограниченных в обороте, поскольку они связаны с землей и участком недр, предоставленным в пользование на основании лицензии. При этом полагается, что свободный оборот указанных объектов невозможен так же, как невозможен свободный оборот участков недр¹.

Важное правовое значение имеет классификация вещей на движимые и недвижимые. К недвижимым вещам обыкновенно относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, т.е. объекты, перемещение которых

¹ См.: Горное право: учебник / отв. ред. И.А. Ларочкина, Р.Н. Салиева. М., 2010. С. 175.

без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства (п. 1 ст. 130 ГК РФ). Безусловно, следует согласиться с высказыванием Г.Ф. Шершеневича о том, что «само собой разумеется, что вопрос о прочности и связи строения с землею не может быть решен принципиально с полной точностью. Решение его зависит от обстановки каждого случая в отдельности...»¹. При этом нужно учитывать то, что «от вещей недвижимых по природе (*naturaliter immobiles*) следует отличать вещи юридически недвижимые (*civiliter immobiles*). Юридически недвижимыми вещами являются все вещи, отнесенные сюда законодателем, которые он, так или иначе, признает связанными с землей»².

Исходя из этого, к движимым вещам относятся буровые установки, с помощью которых осуществляется строительство скважины — ее бурение, крепление и освоение. Несмотря на свою внушительную конструкцию, многотонный вес, они все перемещаются по завершении строительства скважины в сборном или разборном (при необходимости демонтажа) положении на место строительства другой скважины. Сами нефтяные или газовые скважины относятся к недвижимым вещам, так как представляют собой сооружения, построенные в глубине недр под землей, неразрывно и прочно связанные с землей.

Так как нефтяная скважина возведена под землей, то можно согласиться с позицией В.В. Витрянского, который совершенно обоснованно полагает, что: «под зданием (сооружением) следует понимать любой искусственно возведенный на земельном участке или под ним (под землей) самостоятельный объект, который фундаментально связан с земельным участком, используется (или может быть использован) по целевому назначению и перемещение которого без несоразмерного ущерба его назначению невозможно»³, чем и является скважина.

Прочная связь с землей, которая обеспечивается самой конструкцией нефтяной или газовой скважины, ее расположение под землей — в недрах, очевидно, исключает возможность перемещения без несоразмерного ущерба ее назначению, тем более что это назначение обусловлено наличием в месторождениях запасов нефти, газа и газового конденсата, залежи которых имеются не по всем участкам недр Земли.

В отличие от сложной вещи, определение которой дано в ст. 134 ГК РФ, характеризующейся тем, что в ее состав входят разнородные вещи, составляющие части, из которых состоит сложная вещь, физически не связанные между собой, образующие единое целое, используемые по единому назначению, где каждая из составных частей может использоваться по тому же назначению, что и вместе с ними, сложный объект гражданских прав как совокупность или система вещей и (или) сложных вещей, и (или) результатов интеллектуальной деятельности, и (или) работ, и (или) услуг, и (или) иных единичных объектов гражданских прав характеризуется системностью, непосредственной связью между собой, невозможностью и нецелесообразностью отдельно вне совокупности использоваться самостоятельно по целевому назначению. Исходя из проведенного сравнения применительно к исследуемой теме, сложным объектом гражданских прав можно считать, напри-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 96.

² Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 194–195.

³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества. 4-е изд., стереотип. М., 2002. С. 256.

мер, нефтяную скважину, которая помимо самого ствола скважины как сооружения, расположенного в недрах, включает в себя также станок-качалку и внутри-скважинное оборудование (электроцентробежный насос и т.п.), результаты интеллектуальной деятельности, например, полученную базу данных, включающую карты и схемы геологических разрезов, данные о пластовом давлении и нефтегазонасыщенности пластов.

По сути такой «симбиоз» сложных, имеющих единое технологическое значение и представляющих собой совокупность сложных движимых (станок-качалка, электроцентробежный насос) и недвижимых (ствол скважины) вещей и результатов интеллектуальной деятельности, характеризующихся системностью, целесообразно признать в качестве сложного объекта гражданских прав. На первый взгляд наличие регулирования по поводу единого сложного объекта гражданских прав приводит к усложнению законодательства, что определяется спецификой и технической сложностью объектов нефтегазодобывающих производств. Но объективная потребность в гражданско-правовом регулировании отношений при создании сложных объектов гражданских прав в конечном итоге намного упростит их оборот как единых объектов гражданских прав.

Поэтому, несмотря на то что ст. 128 ГК РФ не относит к объектам гражданских прав совокупность отдельных объектов гражданских прав в качестве единого сложного объекта гражданских прав, тем не менее объективно такие объекты с указанными характеристиками существуют. Более того, они, «подогреваемые» интересом субъектов гражданского оборота, порождают потребность в развитии гражданского законодательства как в закреплении их в нормах права, так и в гражданско-правовом регулировании соответствующих отношений, возникающих в связи с их оборотом.

Р.Н. Салиева,

д.ю.н., профессор,

Институт проблем экологии и недропользования
Академии наук Республики Татарстан

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича об отнесении к недвижимости полезных ископаемых, находящихся в недрах, и современность

В сфере права, правоотношений определяющее значение имеют четкие понятия и определения, не допускающие многозначной трактовки. Единый понятийный аппарат не только необходим для целей разработки нормативных правовых актов, но также имеет важное практическое значение. В частности, при определении налога на добычу полезных ископаемых вопросы, связанные с определением правового содержания понятия полезного ископаемого в связи с определением объекта налогообложения по налогу на добычу полезных ископаемых.

Четкие представления об участках недр, содержащих запасы полезных ископаемых; об участках месторождений полезных ископаемых; о ресурсах недр и их компонентах (полезных ископаемых) как объектах правоотношений, необходи-

мы и для эффективного управления в сфере недропользования, и для ведения государственного учета и контроля. В связи с этим остановимся на характеристике таких основных понятий, как недра, участки недр, ресурсы недр (полезные ископаемые), принимая во внимание, что содержание этих понятий отражено и в работах Г.Ф. Шершеневича.

Вопросы об отнесении к недвижимости минералов, металлов и других ископаемых, находящихся в недрах, и их специфике, предопределяемой связью с землей, недрами рассматривались в свое время Г.Ф. Шершеневичем в работах по гражданскому праву. В частности, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что наибольшую важность представляет деление вещей на движимые и недвижимые¹. Далее он отмечал, что «закон наш, хотя и устанавливает различие движимых и недвижимых вещей (т. X, ч. 1, ст. 383), но отличительного признака не дает. Теоретически движимые и недвижимые вещи различаются по тому признаку, способны ли они или нет к перемещению без повреждения сущности и без уменьшения ценности. Под именем недвижимости понимается, прежде всего, часть земной поверхности и все то, что с ней связано настолько прочно, что связь не может быть порвана без нарушения вида и назначения вещи»². И применительно к специфичным объектам правоотношений – недрам, полезным ископаемым Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что «недвижимое свойство приобретают, по связи с землей, все произведения, на поверхности обретающиеся и скрытые в недрах земли (т. X, ч. 1, ст. 387). Признание недвижимыми деревьев, плодов, вообще всяких растений, минералов, металлов и других ископаемых, пока они находятся в прочной связи с почвой, обусловливается самой природой этих вещей»³.

В трудах по гражданскому праву Г.Ф. Шершеневича не нашли полного отражения вопросы об определении основных понятий «участок недр», «недра», «ресурсы недр», но, несомненно, изложенные им теоретические представления о делении вещей на движимые и недвижимые, об отнесении к недвижимости минералов, металлов и других ископаемых, находящихся в прочной связи с почвой, имеют принципиальное значение и не утратили актуальности и в современных условиях.

Правовой режим полезных ископаемых (ресурсов недр), находящихся в недрах до момента добычи, и полезных ископаемых, добытых из недр, неодинаков. Пользуясь терминологией, которая применялась Г.Ф. Шершеневичем, действительно, минералы, металлы и другие ископаемые, пока они находятся в прочной связи с почвой (в недрах земли), относятся к недвижимости и должны подчиняться правилам об использовании недвижимости в имущественном обороте. А в случае добычи из недр – к минералам, металлам и другим ископаемым применяется режим (соответствующие правила оборота) движимого имущества. Важное практическое значение, в частности в сфере налогообложения, имеет момент перехода минералов, металлов и других ископаемых (ресурсов недр или, другими словами, полезных ископаемых) из статуса недвижимости (в связи с нахождением в недрах) в статус движимого имущества (в связи с извлечением из недр)⁴. Этот момент

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 97.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Более подробно определение добытого полезного ископаемого см.: Салиева Р.Н., Шагидуллин Ф.Ф. Проблемы правового регулирования в сфере разработки месторождений песчано-гравийных пород на территории Республики Татарстан // Георесурсы. 2011. № 5 (41). С. 44–48.

изменения правового режима полезных ископаемых связан не столько с извлечением полезного ископаемого из недр, сколько с осуществлением деятельности по приведению добытого полезного ископаемого в товарный вид, пригодный для реализации и использования по назначению. В целях отражения специфики правового режима полезного ископаемого, видимо, необходимо применять соответствующие термины: в отношении полезных ископаемых, находящихся в недрах, целесообразно выбрать обобщающий геологический термин (например, песчано-гравийные породы — по твердым полезным ископаемым) и в отношении добытых и прошедших соответствующую технологическую очистку и обработку полезных ископаемых — установить конкретное название полезного ископаемого (например, песок, гравий). О целесообразности разграничения правового режима полезных ископаемых, находящихся в недрах и добытых из недр, и отражении этого в соответствующих терминах и определениях свидетельствует и судебная практика. Так, например, в определении Конституционного Суда РФ от 25 февраля 2013 г. № 189-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества «Оренбургнефть» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 337 Налогового кодекса Российской Федерации» указывается, что возникновение объекта обложения налогом на добычу полезных ископаемых связывается не с моментом добычи собственно минерального сырья, а с моментом завершения всех технологических операций по извлечению из него полезного ископаемого и доведению его качества до определенного стандарта¹.

По вопросу об определении термина «участок недр» надо отметить следующее. Если обратиться к истории вопроса, то ранее в российском горном праве считалось, что земельному собственнику принадлежит не право на недра, а лишь право разработки недр, т.е. недра в целом не признавались объектом права. В.С. Удинцев отмечал: «Не существует недр как предмета юридического обладания»².

В современной юридической литературе, например, О.М. Теплов и Б.Д. Клюкин дают понятие природных ресурсов недр³.

При определении понятия «недра» надо учитывать, что это не просто часть земной коры, но также и подземное пространство, которое содержит в себе полезные ископаемые и другие ресурсы, подземные пространства, которые также могут быть использованы при осуществлении хозяйственной деятельности.

При определении понятия «участок недр» следует принимать во внимание его юридическую характеристику как объекта недвижимости (ст. 130 ГК РФ). Согласно ст. 7 Закона РФ «О недрах», участок недр предоставляется пользователю в виде горного отвода — геометризованного блока недр. Действующий Закон «О недрах» устанавливает, что государственной собственностью являются недра в границах территории Российской Федерации, включая подземное пространство и содержащиеся в недрах полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, т.е. законодатель определяет объектом права собственности недра и содержащиеся в недрах ресурсы.

На наш взгляд, объектами отношений собственности в рассматриваемой сфере являются участки недр и различные (существующие в природе) полезные ис-

¹ СПС «Гарант-эксперт».

² Удинцев В.С. Русское горно-земельное право. Киев, 1909. С. 34.

³ См.: Клюкин Б.Д., Теплов О.М. Недра и право. М., 1994. С. 6.

копаемые (ресурсы недр). Причем на этапе поиска и разведки объектом являются участки недр, включая и содержащиеся в них полезные ископаемые (например, песчано-гравийные породы), а на этапе добычи объектом выступают конкретные виды полезных ископаемых.

В связи с принятием и введением в действие Закона РФ «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» возникают вопросы регистрации прав на участки недр. В целях избежания неоднозначного толкования полагаем, что в Законе «О регистрации прав на недвижимое имущество» в гл. IV необходима норма, регулирующая регистрацию прав на участки недр как недвижимость. В целом целесообразно было бы отразить особенности участков недр как объектов недвижимости в специальном законе «О недвижимости» наряду с другим недвижимым имуществом.

И.Ф. Сюзарева,

д. пед. н., к.ю.н.,

профессор кафедры предпринимательского права,
Балтийский федеральный университет им. Иммануила Канта

Понятие «имущество» в научном наследии Г.Ф. Шершеневича

В классике российской цивилистической мысли заложены основополагающие идеи гражданского права, включающие положения об имуществе. Г.Ф. Шершеневич рассматривал понятие имущества «как совокупность имущественных отношений» и подчеркивал, что в законодательстве нет точного и одинакового подхода к нему¹. Ученый рассматривал несовпадение юридического понятия с экономическим.

Так, «вещи и чужие действия составляют экономические блага, и запас таких благ, находящихся в обладании известного лица, называется имуществом с экономической точки зрения»². Понятие имущества с юридической точки зрения рассматривалось как «совокупность подлежащих денежной оценке юридических отношений, в которых находится известное лицо... Следовательно, содержание имущества с юридической точки зрения выражается, с одной стороны, а) в совокупности вещей, принадлежащих лицу на праве собственности и в силу иных вещных прав, и б) в совокупности прав на чужие действия... а с другой стороны — в а) совокупности вещей, принадлежащих другим лицам, но временно находящихся в его обладании, и б) в совокупности обязательств, лежащих на нем»³. Из представлений об имуществе ученый делал вывод о том, что любое лицо обладает определенным имуществом, и «каждое лицо обладает только одним имуществом, хотя бы в составе его и находились части, экономически и даже отчасти юридически обособленные...»⁴. Ученый обращал внимание на то, что понятие имущества не должно отождествляться

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 167.

² Там же. С. 166.

³ Там же. С. 166–167.

⁴ Там же. С. 167.

с понятием совокупности вещей, которые не связаны между собой, но объединены общим названием и выступают в правоотношениях как единое целое.

Особое внимание Г.Ф. Шершеневич уделял классификациям вещей. Рассматривая деление вещей на движимые и недвижимые, он подчеркивал, что такое деление сложилось исторически, «вследствие преобладающего в Средние века значения земли, отчего и сделки по недвижимости всегда отличались от сделок по движимости»¹. Тем не менее были и другие основания для деления вещей, связанные с особой значимостью земли как объекта гражданских прав: «Землевладение представляет большое политическое и финансовое значение; с землею тесно связаны вопросы о кредите. Поэтому и в современном праве всюду недвижимости выделяются из ряда других объектов»².

Закон не устанавливал отличительных признаков разграничения вещей, и «теоретически движимые и недвижимые вещи различаются по тому признаку, способны ли они или нет к перемещению без повреждения сущности и без резкого уменьшения ценности»³. Под недвижимостью Г.Ф. Шершеневич понимал «прежде всего часть земной поверхности и все то, что с нею связано настолько прочно, что связь не может быть порвана без нарушения вида и назначения вещи»⁴. Однако вопрос о прочности связи с землей, он полагал, требует конкретного решения, которое зависит от ситуации⁵. Признание недвижимостью растений и ископаемых, когда они связаны с землей, обусловлено природой этих вещей. Пока они находятся в тесной связи с землей, то «не выступают как самостоятельные вещи, а только как части земли, а потому подчиняются положению целого»⁶. Свойство недвижимости теряется, если эти вещи теряют связь с землей и из них создают самостоятельные вещи. Относительно признания недвижимостью строение, построенное на чужой земле в силу договорных отношений, он высказывает свою точку зрения, что они не должны признаваться недвижимостью. Ученый обращал внимание на спорность этого вопроса ввиду того, что «согласие не достигнуто ни в теории, ни в практике, закон же дает основания к отнесению строений на чужой земле и к движимостям, и к недвижимостям»⁷. Рассмотрев понятие недвижимости, «по противоположению» ученый определил «понятие о *движимых вещах* как о предметах внешнего мира, способных к перемещению или сами по себе»⁸.

Г.Ф. Шершеневич рассматривал деление недвижимости на родовое и благоприобретенное и писал о том, что «в противоположность родовой недвижимости, в основании которой лежит представление о приобретении по наследованию из рода, благоприобретенная недвижимость характеризуется независимостью приобретения от родовой преемственности»⁹. В одних случаях недвижимость будет иметь родовой характер, в других случаях — благоприобретенный. Ученый рассматривал

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 169.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 170.

⁶ Там же. С. 171.

⁷ Там же.

⁸ Там же.

⁹ Там же. С. 178.

«институт заповедных и майоратных имений, который имеет своею целью поддерживать материальную обеспеченность дворянских фамилий и предотвратить тем падение их значения»¹. Сравнивая их, он пишет: «По существу это те же заповедные имения, с тою только разницею, что эти имения, как показывает и название, всегда переходят к старшему сыну, тогда как в заповедных имениях наследник может быть определен учредительным актом и иначе»².

Рассматривая «вещи раздельные и нераздельные», ученый подчеркивал, что с физической точки зрения «все вещи как части внешнего мира делимы, потому что делимость есть свойство материи»³. Экономическая точка зрения «определяет делимость вещи со стороны назначения вещи в оборот»⁴. Естественная делимость бывает тогда, когда целое разделено на части, а части целого утрачивают сущность целого. Законная делимость устанавливается законодателем и не зависит от естественной делимости. Ученый отмечал, что «практическое значение рассматриваемого деления заключается в том, что вещи, не раздельные по существу или по закону, во всех юридических отношениях могут быть присвоены одному только субъекту, если не устанавливается общая собственность»⁵.

Ученым особое внимание уделено главной вещи и ее принадлежности. Так, раскрывается их сущность и назначение, рассматривается их природа. Г.Ф. Шершеневич писал: «Под главною вещью понимается такая, которая имеет значение в обороте сама по себе, независимо от других вещей, тогда как принадлежностью является вещь, которая только восполняет экономическое значение главной. Теоретически следует отличать принадлежности от составных частей вещи: если одна вещь не может выполнить свое экономическое значение без другой, то последняя будет составной частью первой...»⁶ Далее он подчеркивал, что «практическое значение указанного различия сводится к тому общему правилу, в силу которого положение принадлежности в юридических отношениях определяется положением главной вещи»⁷. Ученый рассматривал органическую, механическую, экономическую и юридическую природу связей между главной вещью и ее принадлежностью. Так, «*органическая связь* устанавливается тогда, когда принадлежность, составляя произведение естественных сил главной вещи, продолжает пребывать в связи с нею... *Механическая связь* устанавливается вследствие искусственного присоединения различных вещей к главной, так что разъединение невозможно без повреждения... *Экономическая связь* чаще всего соединяет вещи в отношении главной и принадлежности. Только благодаря своим принадлежностям приобретает нередко вещь свое хозяйственное значение. Главная вещь чисто приобретает не ради ее самой, а из-за совокупности вещей, которыми она обставлена... Юридическая связь устанавливается законом в тех случаях, когда за отсутствием действительной связи законодатель по каким-либо соображениям желает связать судьбу одних вещей с другими»⁸.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 178.

² Там же. С. 180.

³ Там же. С. 181.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 183.

⁶ Там же. С. 184.

⁷ Там же. С. 185.

⁸ Там же. С. 185–187.

Ученый рассматривал потребляемые и непотребляемые вещи и обращал внимание на то, что «в сущности все вещи потребляемы в том смысле, что вследствие употребления они утрачивают способность служить той экономической цели, для которой были созданы. Однако одни вещи выполняют свое установленное в обороте назначение не иначе как при условии их немедленного уничтожения, тогда как другие вещи выполняют свое назначение без этого условия, хотя с течением времени и утрачивают свою ценность от употребления. На этом основано различие вещей потребляемых и непотребляемых»¹. Ученый рассматривал заменимые и незаменимые вещи, различие между которыми заключается в наличии или отсутствии родовых признаков, способных отличить их от других. Ученый рассматривал установленное законодательством деление вещей на тленные и нетленные. Рассматривая вещи вне оборота, ученый называл естественные, государственные и религиозные основания.

Исследование категории «имущество» сохраняет свое актуальное значение в современных условиях развития российского общества и имеет важное значение для правотворчества и правоприменительной практики. Подчеркнем вклад Г.Ф. Шершеневича в развитие теории гражданского права, влияние его идей и взглядов на развитие юридической мысли и научных школ в России. В современных условиях основные идеи могут являться ориентирами для дальнейшего развития гражданского законодательства, служить основанием для проведения научных исследований.

Ф.К. Турдиматов,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Вещи как объекты гражданских прав в трудах Г.Ф. Шершеневича

Объектом гражданских прав является предмет, относительно которого устанавливаются в гражданском обороте права и обязанности субъектов гражданского права². Центральное место среди объектов гражданских прав занимают вещи. Дискуссий вокруг обсуждения вещей как объектов гражданских прав большое количество. Поскольку гражданское законодательство не закрепляет точного определения вещей, каждый ученый дает свое определение категории вещей³.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 188.

² Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 123.

³ К примеру, К.П. Победоносцев под вещами определял: все, что существует по естеству, во внешней природе, все, что имеет самостоятельное бытие вне человека, — есть вещь натуральная, наличная, есть ценность вещественная, вещественное имущество (см.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002); Л. Эннексерус под вещами определял такие части окружающей человека несвободной и способной подпасть под его господство природы, которые существуют отдельно сами по себе (см.: Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Полутом 2: Введение и общая часть. М., 2004); С.Н. Братусь определял вещь как материальный объект — пространственно-ограниченная часть природы (см.: Советское гражданское право / под ред. С.Н. Братуся. М., 1950).

Законодательным источникам некоторых стран характерно использование понятия «имущество», под которым понимается категория «вещь»¹. Можно сказать, что между юридическими категориями «имущество» и «вещь» не проводится никакого разграничения, т.е. данные понятия являются своего рода «синонимами».

Вещи также являлись объектом исследования в научных трудах выдающегося деятеля российской науки, известного дореволюционного цивилиста профессора Г.Ф. Шершеневича. Он отмечал, что российское законодательство не выдерживает строгой терминологии и употребляет слово «имущество» вместо «вещь»². Учитывая эти особенности, при тщательном исследовании и теоретическом обосновании российского гражданского законодательства, он сформулировал различие понятий вещей и имущества в своем научном труде «Учебник русского гражданского права».

Г.Ф. Шершеневич определял имущество как совокупность имущественных, т.е. подлежащих денежной оценке, юридических отношений, в которых находится известное лицо, — чисто личные отношения сюда не входят³. Следовательно, автор отмечал, что содержание имущества с юридической точки зрения выражается, с одной стороны, в совокупности вещей, принадлежащих лицу на праве собственности и в силу иных вещных прав и совокупности прав на чужие действия. А с другой стороны — в совокупности вещей, принадлежащих другим лицам, но временно находящихся в его обладании, и совокупности обязательств, лежащих на нем.

Сумма отношений первого рода составляет актив имущества, сумма отношений второго рода — пассив имущества. Из данной трактовки можно определить, что юридическая категория «вещь» более узкое понятие, чем категория «имущество» и, более того, Г.Ф. Шершеневич указывал на то, что именно *совокупность вещей составляет имущество*. При этом закрепленная законодателем в ст. 128 ГК РФ норма об объектах гражданских прав определяет то, что категория имущество является «собираательным»⁴, поскольку включает в себя не только вещи в узком значении этого слова, но также деньги, ценные бумаги и имущественные права.

Категорию «вещь» профессор Шершеневич определял, как средство осуществления интереса⁵. При этом вещи *именно как предметы материального мира*. Данный критерий является одним из основных, что отличает их (вещей) от других видов объектов гражданских прав⁶, которые в своем непосредственном виде выступают в качестве нематериальных объектов (к примеру, результаты интеллектуальной

¹ Так, Гражданский кодекс Франции в разделах, посвященных вещам, широко использует понятие имущества, например, кн. 2 называется «Об имуществах и о различных видоизменениях собственности», титул 1 этой книги называется «О различиях имуществ», а ст. 516 говорит об имуществах движимых и недвижимых. В то же время в различных статьях кн. 2 (например, ст. 525, 544, 551, и др.) используется понятие «вещь». Отсюда вытекает вывод, что в этих нормах речь идет в основном о вещах.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 167.

³ Там же. С. 166–167.

⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). 3-е изд., доп. и перераб. с использованием судебной-арбитражной практики / отв. ред. О.Н. Садиков. М., 2005. С. 361.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 166.

⁶ В Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации говорится, что вещь играет важнейшую роль в гражданском обороте и социальных отношениях в целом, поскольку это единственный объект, который может быть объектом права собственности и иных вещных прав, обеспечивая автономию и условия развития личности.

деятельности). Отнесение вещей к средствам осуществления интереса дает основание для выделения основного признака вещей — *удовлетворение потребностей личности в отдельности, а также общества в целом*. В гражданском праве юридическое значение имеют лишь те вещи, которые обладают полезными свойствами, позволяющими их эксплуатировать, т.е. способные удовлетворять какую-либо потребность человека¹.

Важнейшим критерием классификации вещей в гражданском праве выступает их оборотоспособность, т.е. допустимость совершения сделок и иных действий, направленных на передачу вещей в соответствии с гражданским законодательством.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, вещи в зависимости от их оборотоспособности подразделяются на следующие группы:

— *вещи, находящиеся в обороте*. Он писал, что весь внешний мир, окружающий человека, представляет неистощимый запас для создания вещей, которые ввиду их потребительной и меновой ценности подлежат сделкам между частными лицами, составляющими в совокупности гражданский оборот²;

— *вещи вне оборота*. Ко второй группе он относил некоторые части внешнего мира по причинам естественным (например, *лунный и солнечный свет, воздух, море, вода проточная*), по государственным основаниям (например, *казенные вещи — леса, крепости, казармы, тюрьмы и т.п.; общественные вещи — дороги, публичные здания, порты*) и религиозным (например, *кладбища и церкви*).

Современное гражданское законодательство Российской Федерации также регулирует оборотоспособность объектов гражданских прав. Так, в соответствии со ст. 129 ГК РФ объекты гражданских прав в зависимости от их оборотоспособности делятся на три группы:

1) *вещи, разрешенные в обороте*, т.е. большинство вещей, свободное обращение которых является общим правилом;

2) *вещи, ограниченные в обороте*. Такие вещи могут принадлежать лишь определенным участникам оборота (например, *служебное оружие или спортивное оружие*) либо их нахождение в обороте допускается по специальному разрешению (*гражданское оружие, предназначенное для самообороны, охоты*). Виды ограниченно оборотоспособных объектов определяются в установленном законом порядке, и к ним, в частности, относят: оружие, сильнодействующие и ядовитые вещества, наркотические и психотропные средства³. К ограниченному обороту относят также оборот драгоценных металлов и драгоценных камней;

3) *вещи, изъятые из оборота*. Изъятими из гражданского оборота считаются те вещи, которые согласно действующему законодательству не могут быть предметом гражданско-правовых сделок. К такого рода вещам относятся, например, земельные участки, находящиеся в федеральной собственности. Изъятими из оборота считаются также объекты государственной собственности, находящиеся в общественном пользовании, в частности дороги, реки, общественные здания и сооружения, национальные библиотеки, животный мир и т.п. Также необходимо указать, что

¹ Гражданское право: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. Ч. 1. М., 2007. С. 217.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 191.

³ Российское гражданское право: учебник. В 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М., 2010. С. 304–305.

в Проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» из ст. 129 ГК РФ предлагается исключить данную разновидность оборотоспособности вещей. При этом в п. 2 данной статьи указана следующая формулировка нормы: «законом или в установленном законом порядке могут быть введены ограничения оборотоспособности объектов гражданских прав, в частности могут быть предусмотрены виды объектов гражданских прав, которые могут принадлежать лишь определенным участникам оборота либо совершение сделок с которыми допускается по специальному разрешению».

Научные труды Г.Ф. Шершеневича¹, которые пронизаны глубоким изучением и наиболее систематизированным способом изложения имеют значение и для современной науки. В данной статье автор попытался показать заслуги профессора в развитии науки только лишь в одном аспекте — вклад в гражданское право дореволюционной России (*именно в выбранной автором области исследования*) и влияние его научных трудов на современное российское гражданское право и законодательство.

Д.Ф. Шамсеева,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Теория объектов гражданских прав: научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность

Объект гражданского права является системообразующей категорией в понятийном аппарате науки гражданского права. Рассматривая теорию объектов гражданских прав, необходимо сказать об объекте в целом, который можно определить как предмет, процесс, на который направлена деятельность человека, то, что представляет личный интерес. Следует отметить, что объект также является одной из основных философских категорий и имеет определенное философское значение, который понимается как «внешний предмет, предмет познания и деятельности субъекта»².

В отечественной дореволюционной цивилистической доктрине проблема объекта гражданских прав исследовалась достаточно серьезно, но единства во взглядах исследователей не наблюдалось. Например, В.И. Синайский считал, что «предмет, относительно которого устанавливаются права и обязанности лиц, и есть объект права. Таким объектом являются действия лиц»³. Н.М. Коркунов, разделяя указанную точку зрения, определял объект права как «силу, противостоящую и подчи-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995; *Он же*. Учебник торгового права. М., 1994; *Он же*. Общая теория права: учеб. пособие. В 2 т. М., 1995.

² Краткий философский словарь / под ред. М. Розенталя и П. Юдина. 4-е изд. М., 1955. С. 467.

³ Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. 1: Общая часть. Вещное право. Авторское право. Киев, 1917. С. 68.

няемую управомоченному»¹, обосновывая тем, что возможности человека только в определенных пределах могут служить объектами прав, поскольку объектом может стать человек в целом. Можно сказать, что объект гражданских прав рассматривался только с помощью какой-либо одной категории, а именно как действия обязанных лиц.

Некоторые другие ученые развивали идею разнообразия явлений, включая человеческую личность. Данную точку зрения развивал один из видных исследователей в области теории права и гражданского права Г.Ф. Шершеневич, а именно «объектом права называется все то, что может служить средством осуществления интереса. Такими средствами могут быть: а) вещи, т.е. предметы материального мира, б) действия других лиц, состоящие в передаче вещи, в личных услугах, в приложении своей рабочей силы»². Согласно позиции другого цивилиста, В.М. Хвостова, «объектом права называется тот предмет, непосредственно подчиненный господству лица, которое является носителем соответствующего субъективного права. Объектом гражданского права... могут быть: 1) личность самого субъекта; 2) вещь; действие другого лица... 4) другое лицо; 5) ... некоторые нематериальные блага»³.

Представляется, что в этом вопросе определяющим и наиболее емким является точка зрения Г.Ф. Шершеневича, который к числу объектов гражданских прав относил не только действия, но и личные нематериальные блага, вещи и другие ценности. Анализируя представленное выше положение, можно сказать о том, что в качестве объекта вещи и действия выделялись в том смысле, в котором на современном этапе мы понимаем часть объектов, перечисленных в ст. 128 ГК РФ.

Ведя речь об объектах гражданских прав, можно сказать о том, что объекты — это, по сути, основания для возникновения правоотношений, а также составляющая и определяющая содержание взаимных прав и обязанностей субъектов. Все то, что может составлять интерес для человека, то на что направлена деятельность и по поводу чего возникает гражданское правоотношение.

Объекты гражданских прав являются средствами реализации и правового отражения интересов, деятельность субъектов правоотношений направлена на удовлетворение потребностей. Развитие экономики в стране, появление новых информационных возможностей способствовали быстрому росту совершения и исполнения сделок, так как реализация интересов субъекта невозможна без возникновения общественных отношений по поводу товаров, работ и услуг, которые и выступают объектами. Реальностью сегодняшнего дня является широкое распространение дистанционного способа заключения и исполнения сделок с использованием сети «Интернет».

Активно развивается заключение и исполнение договора по возмездному оказанию услуг с использованием сети «Интернет». Широкое распространение обеспечивается возможностью моментально получить услугу, нежели в реальной жизни. При заключении такого типа договора с использованием сети «Интернет» есть как плюсы, так и свои минусы.

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 1907. С. 154.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 94.

³ Хвостов В.М. Система римского права: учебник (по изд. 1907–1908 гг.). М., 1996. С. 123.

С одной стороны, происходит упрощение процедуры заключения сделки, так как при высоком темпе жизни эта возможность очень удобна и выгодна. Однако в то же время всегда существует «негласная» третья сторона, помимо исполнителя и потребителя, например провайдер, который обеспечивает возможность непосредственного обмена информацией для исполнения услуги. От добросовестности третьей стороны зависит сам процесс и конечный результат оказываемой услуги. Форма воздействия может быть довольно разнообразной: от блокирования информационного обмена до информирования третьих лиц о содержании передаваемой информации. При исполнении договора в сети «Интернет» отсутствует определенность в субъекте и объекте, также нет каких-либо правовых гарантий добросовестного исполнения обязательств друг перед другом. При их оказании услуги могут происходить не зависящие от основных сторон правоотношения события. Например, прерванная связь между абонентами по причине ошибки провайдера, от которого ухудшился процесс оказываемой услуги, в итоге повлиявший на качество конечного результата.

Следует отметить, что сама по себе процедура оказания услуг с использованием сети «Интернет» специфична, это можно проследить на примере консультационных и информационных услуг. Во-первых, оказание услуги в большинстве случаев происходит без непосредственного взаимодействия. Данный факт немаловажен, поскольку возрастает вероятность неправильного толкования исполнителем каких-либо сведений, предоставляемых потребителем, который может повлиять на ход оказания услуги и результат. Во-вторых, существует проблема интерпретации получаемой услуги, когда исполнитель, как профессионал, вложил в содержание услуги одно, а получатель ввиду своей некомпетентности истолковал иначе. Это очень важно, поскольку специфика некоторых услуг заключается в безвозвратности результата, они окончательны. В-третьих, оказание услуги может быть прервано независимо от воли сторон, что в свою очередь может повлиять на содержание конечного результата. Первоначально подразумеваемый результат услуги, который носит информационный характер, по внешним техническим причинам может видоизмениться в своем содержании.

Необходимо отметить, что при совершении и исполнении такого рода договоров с использованием сети «Интернет» есть большая вероятность мошенничества, поскольку существует проблема идентификации контрагента. При всей быстроте развития интернет-отношений система регистрации пользователей непрозрачна, отношениям в сети «Интернет» характерна анонимность пользователей. Идентификация носит односторонний характер, так как идентифицируется только одна из сторон договора, таким образом, не исключается возможность недобросовестности контрагента (предоставление не соответствующей действительности информации и т.д.). При всем этом необходимо отметить, что все же гражданско-правовая сделка, совершаемая и исполняемая с использованием сети «Интернет», дает своим участникам возможность свободно согласовывать свои интересы и цели, а также определять необходимые действия по их достижению.

Обобщая вышеизложенное, можно сделать вывод, что происходит своего рода трансформация объекта в связи с тем, что отношения, складывающиеся с использованием сети «Интернет», имеют ряд особенностей в самом процессе исполнения договора, которые влияют на конечный результат оказываемой услуги.

ВЕЩНОЕ ПРАВО

З.А. Ахметьянова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича на понятие вещного права

Г.Ф. Шершеневич, высказавший свое отношение практически по всем вопросам, аспектам гражданского права конечно же не обошел вниманием право вещное. Именно с отдела о вещном праве начинается особенная часть в его известнейшем Учебнике русского гражданского права¹.

Свои рассуждения о вещном праве Г.Ф. Шершеневич начинает с анализа признаков, отличающих абсолютное право от права относительного, ибо вещные права относятся к числу абсолютных. По сути, он выделяет шесть таких характерных признаков: 1) абсолютному праву соответствует обязанность всех сограждан воздерживаться от действий, несогласных с ним; 2) в правах абсолютных обязанности пассивных субъектов отрицательного свойства — «они принуждаются к воздержанию от пользования вещами, которые принадлежат другим на праве собственности; от совершения действий, дозволенных исключительно определенным лицам; от постановки себя по отношению к лицам, находящимся под чужой властью, в положение, противоречащее последней». «Абсолютные права выражаются, таким образом, в форме запрещений»; 3) в абсолютных правах... нарушение права может последовать со стороны каждого лица; 4) иск для защиты абсолютного права может быть направлен против каждого лица, нарушающего право; 5) права абсолютные устанавливаются независимо от воли пассивных субъектов; 6) при столкновении абсолютного права с относительным последнее всегда уступает место первому².

Что же касается различия абсолютных прав между собой, то с точки зрения Г.Ф. Шершеневича, оно основывается на различии объектов. Объектом вещных прав является вещь в материальном значении слова. Он пишет, что «этим признаком обуславливается природа вещных прав, возможность вытребовать вещь из чужого владения, притом натурой, а не в виде вознаграждения»³.

Под объектом права вообще Г.Ф. Шершеневич понимал все то, что может служить средством осуществления интереса, и такими средствами, по его мнению, могут быть, во-первых, вещи, т.е. предметы материального мира; во-вторых, действия других лиц, состоящие в передаче вещи, в личных услугах, в предложении своей рабочей силы. И именно вещь как предмет материального мира рассматривалась им в качестве возможного объекта вещных прав.

Вещное право устанавливает непосредственное отношение лица к вещи «не в том смысле, будто управомоченный субъект должен находиться в соприкосно-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М., 1995.

² См. там же. С. 140–141.

³ Там же. С. 142.

вании с вещью, а в том, что для осуществления своего права на вещь он не нуждается в посредничестве других лиц»¹. Вместе с тем вещное право «возлагает на всех сограждан обязанность воздерживаться от действий, несогласных с правом активного субъекта»².

Изложив общие вопросы о вещных правах, включая вопрос об укреплении вещных прав на недвижимость, раскрыв характерные для права собственности и иных вещных прав особенности, Г.Ф. Шершеневич тем не менее не сформулировал самого понятия, определения вещного права.

Не дает Г.Ф. Шершеневич определения и главному из вещных прав — праву собственности. Он пишет, что «определение права собственности представляет значительные затруднения, несмотря на видимую его простоту и ясность»³. А далее продолжает, что «по наиболее распространенному определению, совпадающему с житейским представлением о праве собственности, последнее составляет неограниченное и исключительное господство лица над вещью»⁴. При этом более точным представляется ему «определение, даваемое германским уложением: собственник вещи властен, насколько не препятствует закон или право третьих лиц распоряжаться вещью по своему усмотрению и устранять других от всякого на нее воздействия (§ 903)»⁵.

Г.Ф. Шершеневич выводит определение права собственности как главного среди вещных прав из того, что законодательно закреплялось в российском дореволюционном законодательстве — Своде законов Российской империи: «власть, в порядке, гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом вечно и потомственно (Т. X ч. 1 ст. 420)»⁶.

Выделяет Г.Ф. Шершеневич и признаки права собственности, содержащиеся в этом определении: 1) власть в юридическом значении; 2) объект — имущество, вещь; 3) отрицательный признак, т.е. исключительность и независимость от посторонних лиц; 4) положительный признак, который заключается в соединении владения, пользования и распоряжения; 5) осуществление власти должно происходить в порядке, установленном законами; 6) признак бессрочности, ибо право собственности вечно и потомственно, т.е. связь данного объекта с данным субъектом продолжается до тех пор, пока не наступит юридический факт, разрывающий ее⁷. Как он писал далее, «срочного или временного права собственности быть не может»⁸.

Что же касается ограниченных вещных прав (или прав на чужие вещи), то Г.Ф. Шершеневич, полагая, что число вещных прав весьма незначительно, причислял к ним сервитуты и чиншевое право.

Сервитут Г.Ф. Шершеневич определял как вещное право пользования чужой вещью в интересе определенного лица. Вещное свойство сервитута он видит в том,

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 142.

² Там же. С. 143.

³ Там же. С. 165.

⁴ Там же. С. 165–166.

⁵ Там же. С. 166.

⁶ Там же.

⁷ См. там же. С. 166–169.

⁸ Там же. С. 169.

что «право пользования чужой вещью связывается с последней, а не субъектом права собственности, а потому, к кому бы и по какой бы сделке вещь не перешла, это обстоятельство не влияет на силу сервитута»¹. В качестве сервитутов расценивал он пользование (узуфрукт), право пожизненного жительство в известном доме или имении, предоставленное определенному лицу, право въезда в лес, право на бортные ухажья (право ставить улья в чужом лесу), право на бобровые гоны, сервитут звериной, птичьей охоты или рыбной ловли и право примычки плотины².

Под чиншевым правом Г.Ф. Шершеневич понимал «право наследственного пользования чужой землей под условием взноса платы в определенном раз навсегда размере»³. При этом отличие от арендного пользования он видел в том, что, во-первых, чиншевое право бессрочно, а во-вторых, имеет вещный характер.

Кроме того, как вещное рассматривал Г.Ф. Шершеневич и залоговое право, но с определенной оговоркой — «ввиду резкого отличия его от прав на чужую вещь»⁴. Он полагал, что вещный характер залогового права «обнаруживается из того, что, имея своим объектом вещь, оно всюду следует за нею (*droit de suite*), независимо от права собственности на нее, которое может переходить от одного лица к другому»⁵. При этом он отмечал особенности, характерные для залогового права: 1) оно не имеет самостоятельного значения в отличие от других вещных прав и состоит в зависимости от права по обязательству; 2) оно не дает ни владения, ни пользования вещью; 3) оно «дает субъекту залогового права несравненно большее правомочие, чем другие вещные права, — оно может повлечь за собою лишение собственника принадлежащего ему права собственности»⁶.

Опираясь на позиции, выработанные и предложенные Г.Ф. Шершеневичем, можно предложить соответствующее определение вещного права, обрисовать основные признаки (свойства) вещного права, а также очертить круг основных вещных прав (разумеется, с соответствующей проекцией на современные реалии).

Вещное право есть непосредственное отношение лица к вещи, при котором для осуществления своего права на вещь лицо не нуждается в посредничестве других лиц, а на всех других лиц возлагается обязанность воздерживаться от действий, несогласных с правом управомоченного субъекта.

В качестве признаков вещного права можно обозначить: абсолютный характер; обязанность других лиц (пассивных субъектов) воздерживаться от пользования чужой вещью; абсолютный характер защиты; установление вещного права независимо от воли других лиц; приоритет вещных прав над иными («при столкновении абсолютного права с относительным последнее всегда уступает место первому»⁷).

В систему вещных прав входят право собственности и права на чужие вещи (ограниченные вещные права), в числе которых сервитуты и иные ограниченные вещные права на земельные участки и иные объекты недвижимости — в соответствии с действующим законодательством право пожизненного наследуемого владения

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 226.

² См. там же. С. 231–237.

³ Там же. С. 237.

⁴ Там же. С. 142.

⁵ Там же. С. 240.

⁶ Там же.

⁷ Там же. С. 140–141.

и право постоянного бессрочного пользования земельным участком, а согласно ожидаемым в ГК РФ изменениям — право постоянного землевладения, право застройки, право личного пользования, право приобретения чужой недвижимой вещи, право вещной выдачи, право ограниченного владения земельным участком, ипотека и ставшее традиционным для отечественного законодательства право оперативного управления.

Р.Р. Галяутдинова,
аспирант, Университет управления «ТИСБИ»

Конвергенция публичного и частного права в вопросах предоставления земельных участков под захоронение физических лиц

В настоящее время правоприменительная практика не содержит нормы, определяющие порядок передачи земельного участка под захоронение граждан и устанавливающие правовой режим пользования этим участком. В частности, Федеральным законом «О погребении и похоронном деле» не предусмотрен механизм передачи и юридического закрепления за лицом, ответственным за захоронение объекта недвижимости со специфичным целевым назначением использования. Фактически сложившиеся общественные отношения по пользованию земельным участком под захоронение носят характер обычаев. При этом можно утверждать, что институт права постоянного (бессрочного) пользования является конструкцией, отражающей сущность сложившихся отношений. Обычай, представленный в виде фактического владения земельным участком под захоронение, органично вписывается в критерии, установленные законодателем, в частности, в п. 2 ст. 269 ГК РФ. Так, исходя из смысла нормы, лицо, которому земельный участок предоставлен на постоянном (бессрочном) пользовании, вправе, во-первых, самостоятельно использовать участок в целях, для которых он представлен — в нашем случае осуществлять захоронение физического лица; во-вторых, лицо вправе возводить здания, сооружения и другое недвижимое имущество в целях, совпадающих с представленным земельным участком, — применительно к земельным участкам под захоронение лицо, ответственное за захоронение, вправе на выделенном земельном участке воздвигать надгробные камни, памятники, ставить ограждения; и в-третьих, объект недвижимости, созданный на земельном участке, является собственностью лица, его воздвигшего, — в настоящее время лицо, ответственное за захоронение, фактически имеет триаду правомочий на надгробные сооружения.

Пробел в законодательстве не позволяет обеспечить целостность и устойчивость развития общественных отношений в целом и реализовать интерес каждого в частности. При таких обстоятельствах невозможность реализации общественных потребностей как следствие приводят к отсутствию права на защиту нарушенных прав отдельной личности. Следовательно, правовая незащищенность лица, ответственного за захоронение (в отношении фактического владения земельным участком под захоронение), является социально острой проблемой, требующей законодательного закрепления.

В свое время дореволюционный ученый Г.Ф. Шершеневич стремился показать связь юридических норм и отношений с социальной действительностью. Он отмечал, что социологическое направление имеет своей целью изучение законов развития гражданского права.

Справедливости ради необходимо отметить, что Г.Ф. Шершеневич рассматривал вопрос необходимости регулирования социальных отношений нормами гражданского права в целом, а не в контексте сложившихся обычаев в области захоронения.

Значимость гармоничного внедрения норм, устанавливающих порядок передачи и пользования земельным участком под захоронение лицом, ответственным за захоронение, возможно лишь при учете частных и публичных интересов.

Определение публичного интереса, данное Ю.А. Тихомировым, наиболее полно отражает сущность правового явления. Так, «публичный интерес есть признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития». Исходя из определения, применительно к изучаемому вопросу в данной работе публичный интерес представляется как признание государством и обеспечение правом потребности лиц на захоронение, с учетом обычаев, религии и традиций, удовлетворение которой служит условием и гарантией существования и развития общества.

При этом частный интерес выражен в реализации предоставляемых публичным правом возможностей, а именно осуществлять захоронение каждого конкретного лица в соответствии с традициями, религиозными воззрениями и обычаями, которых он придерживался.

Лишь при учете элементов публичного и частного права возможен рациональный баланс социальных интересов при определении механизма порядка передачи и установления правового режима пользования земельным участком под захоронение лицом, ответственным за захоронение.

Важно отметить, что помимо возможности после смерти реализовать право, предусмотренное Федеральным законом «О погребении и похоронном деле», публичный интерес должен выражаться в предоставлении ответственным лицам права владеть предоставленным земельным участком под захоронение физических лиц. Право владения, в спектре частного интереса, должно выражаться в субъективных правах, в классическом их понимании, предоставляя лицу юридическую возможность требовать от неограниченного круга лиц не нарушать его права, воздерживаться от действий с правом обращаться к использованию государственного механизма принуждения для защиты своих субъективных прав и осуществлять самому любые действия (юридические и фактические) в отношении предоставляемого земельного участка под захоронение в рамках его целевого назначения.

Поскольку в настоящее время правила предоставления земельных участков под захоронение и определение их правового режима отсутствуют, говорить о том, что публичное право реализует функцию по регуляции отношений между людьми, которые исходят от государства, весьма затруднительно.

Только при установлении детализированного механизма предоставления земельного участка каждому конкретному ответственному лицу и правового режима пользования этим участком приведет к гармоничной конвергенции частного и публичного права в вопросах предоставления земельных участков под захоронение физических лиц.

А.И. Гатин,соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Укрепление вещных прав на земельные участки: история развития цивилистической доктрины

Настоящий этап развития гражданского законодательства ознаменован большими изменениями в правовом регулировании гражданского оборота. Одна из проблем, требующих построения максимально надежного и защищенного механизма правового регулирования путем концептуального реформирования, является проблема правового регулирования системы вещных прав на недвижимость, в частности земельные участки. Успешное ее решение является гарантом нормального развития гражданского оборота. И как показывает опыт становления всех доктринальных положений гражданского права, искомый результат можно найти только на основе анализа исторических особенностей развития того или иного института гражданского права и практики его применения. Конечно, в рамках настоящей статьи мы не сможем осветить все сложности указанной проблематики, поэтому остановимся лишь на одном ее аспекте: укрепление вещных прав на земельные участки.

Исследование исторических догм рассматриваемой проблемы нас заставило обратиться к цивилистическим трудам Г.Ф. Шершеневича. Именно в его работах мы встречаем категорию «укрепление», значение которой нас заинтересовало, поскольку толкование слова «укрепление» имеет иной смысл: укрепить, создать оборонительное сооружение¹. Однако искомая категория Г.Ф. Шершеневичем применяется не случайно, ибо в Своде гражданских законов Российской империи² (далее — Свод законов) вопросам укрепления вещных прав отводится значительное место.

К слову сказать, И.М. Тютрюмов в комментариях Свода законов употребляет иное выражение, разъясняя положения, посвященные укреплению вещных прав на имущество, — «обряд совершения купчих крепостей»³. К.П. Победоносцев характеризует в своих трудах отдельные действия и их значение по укреплению вещных прав на недвижимость⁴. Не употребляет рассматриваемой нами категории и К.Н. Неволин⁵.

Вместе с тем Г.Ф. Шершеневич применяя категорию «укрепление» не только соответствовал в своих исследованиях нормам закона, но и придавал ей большое правовое значение. По его мнению, укрепление вещных прав — это «публичное, при посредстве органов общественной власти, гласное утверждение соединения права с известным субъектом, делающее вполне достоверным и всем известным

¹ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. М., 2004. С. 830.

² Свод законов Российской империи. Кн. 2, 3 т. X. // Классика российского права (URL: <http://civil.consultant.ru>).

³ Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Кн. 2. М., 2004 // Классика российского права (URL: <http://civil.consultant.ru>).

⁴ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002.

⁵ Неволин К.А. История российских гражданских законов. Ч. 2. Кн. 2: Об имуществах. Разд. I: Об имуществах вообще. Разд. II: О правах на вещи. М., 2006.

вещное право и момент его установления»¹. Г.Ф. Шершеневич справедливо считал, что укреплению могут подлежать лишь вещные права на недвижимость, особенно на земельные участки, ввиду их экономической ценности и значимости². Итак, попытаемся раскрыть сущность доктрины укрепления вещных прав и ее значение для современного состояния гражданского права на основе исторического анализа.

Процесс формирования доктрины укрепления вещных прав на недвижимость начался с древних времен. Шаг за шагом, по мере развития общественно-экономических отношений и расширения имущественного оборота, данное учение подвергалось качественным изменениям. Эволюционные преобразования претерпела не только теория вещных прав на недвижимость, но сама категория «недвижимость», а также процедура укрепления прав на недвижимое имущество, и в первую очередь на земельные участки. И это неслучайно, это сложилось исторически, поскольку земля всегда имела преобладающее значение среди прочих объектов гражданских прав³.

Следует отметить, что в отличие от иных правопорядков в России категория «недвижимых вещей» была признана довольно поздно, причем значительно позже, чем государство стало вмешиваться в сделки с поземельной собственностью⁴. По сведениям Г.Ф. Шершеневича, поначалу такого рода сделки между частными лицами совершались без привлечения князя, в присутствии свидетелей посредством обрядовой формы, и в знак совершенной сделки выдавалась купчая грамота, и только с XVI в. сделки по переходу вещного права на землю правительство взяло под контроль путем занесения купчей в приказы⁵. Именно с этого времени в гражданском праве дореволюционной России постепенно, с возрастанием ценности земли, стала вырабатываться и формироваться система укрепления вещных прав на недвижимые вещи, и в первую очередь на земельные участки.

При Петре I с целью устранения многочисленных злоупотреблений и пополнения государственной казны впервые был придан официальный характер деятельности по оформлению сделок с поземельной собственностью путем образования централизованного специального крепостного учреждения — Юстиц-коллегии и введен новый порядок укрепления вещных прав на земельные участки и иную недвижимость⁶.

Однако при Екатерине II данная Коллегия была расформирована, и совершение крепостных актов было возложено на созданные гражданские палаты и уездные суды, при которых были созданы учреждения крепостных дел по переходу вещных прав на недвижимость. Такой порядок, по мнению Г.Ф. Шершеневича, имел существенный недостаток: ввиду возможности совершения покупки в любом месте не было определенности в моменте перехода вещного права, и покупатель не имел гарантии, что приобретает ничем необремененное имение⁷.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 239.

² Там же.

³ Там же. С. 169.

⁴ Впервые нормативно категория «недвижимые вещи» была признана путем простого перечисления отдельных видов недвижимых вещей в Указе Петра I от 23 января 1714 г. «О наследии имений» (см. в кн.: Законодательство Петра I / отв. ред. А.А. Преображенский, Т.Е. Новицкая. М., 1997. С. 699—700).

⁵ Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 239.

⁶ Там же. С. 240—241.

⁷ Там же. С. 241.

С 1866 г. в России была введена система нотариальных органов и признан нотариальный порядок удостоверения сделок с недвижимостью, благодаря которому сделка могла совершаться в любом месте, «но вещное право по ней переходило по утверждению ее старшим нотариусом по месту нахождения недвижимости»¹. Однако, по убеждению Г.Ф. Шершеневича, данная система не являлась совершенной ввиду сложности форм перехода права собственности на земельные участки и требовала серьезной доработки.

В советский период ввиду национализации земли и утверждения общегосударственной собственности был установлен запрет на совершение гражданско-правовых сделок с земельными участками. ГК РСФСР 1922 и 1964 гг. предусматривали возможность укрепления вещных прав путем нотариального удостоверения с последующей регистрацией в соответствующем регистрирующем органе только договоров, прямо предусмотренных законом, в отношении строений (ст. 185 ГК РСФСР 1922 г.), а в последующем купли-продажи и дарения жилых домов и дач (ст. 239 и 257 ГК РСФСР 1964 г.).

Положение в корне изменилось в начале 1990-х годов с признанием равенства всех форм собственности и возрождением дифференциации вещей на движимые и недвижимые.

Статья 9 Конституции РФ провозглашает, что земля и другие природные ресурсы могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности. Данное положение является значимым для укрепления вещных прав на земельные участки, поскольку позволило признать землю, как основу любых видов недвижимости, объектом гражданского оборота. Оно получило конкретизацию в п. 3 ст. 129 и п. 1 ст. 130 ГК РФ, а в ст. 131 и 164 ГК РФ закреплена, по сути, обязательность укрепления вещных прав на земельные участки и на иные виды недвижимости.

Во исполнение норм ГК РФ принят Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – Закон о регистрации), определяющий правила укрепления вещных прав на недвижимость, в том числе на земельные участки. В соответствии с п. 1 ст. 2 данного Закона под государственной регистрацией прав на недвижимое имущество и сделок с ним понимается юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения, перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ. И как справедливо отмечается правоведами, «фактически этим законом реализованы условия публично-правового начала в организации оборота недвижимого имущества»².

Из анализа правил, установленных п. 1 ст. 2 Закона о регистрации и дефиниции укрепления вещных прав на недвижимость, данной Г.Ф. Шершеневичем, можно сделать вывод о смысловой сходимости этих понятий, а соответственно, об актуальности и жизнеспособности многих положений Г.Ф. Шершеневича в современных условиях развития общественно-экономических отношений и реформирования гражданского законодательства.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ соч. С. 246.

² Скорцов О.Ю. Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте: учебно-практическое пособие. М., 2006 (URL:http://pravoedelo07.narod.ru/articles 5.htm#sub_9930).

А.И. Гимадиев,
аспирант, Университет управления «ТИСБИ»

Публичный сервитут как элемент конвергенции частного права

Для более точного определения конвергенции исследуемого института необходимо обозначить исторические основы действия данного явления. Русскому праву начала XX в. были известны два схожих между собой правоотношения: сервитут и право участия.

В свое время Г.Ф. Шершеневич сервитут относил к разряду вещных прав, который представляет собой право (правомочие) пользования чужою вещью в интересе определенного лица. В частности, он указывал следующее: «сервитут есть право на частичное пользование вещью, пользование ею в том или ином строго определенном отношении. Пользование чужою вещью предполагается согласным с тем назначением, которое имеет вещь при установлении сервитута»¹. Разделяя позицию Г.Ф. Шершеневича, мы считаем, что «пользование вещью согласно с ее назначением» является существенным отличительным признаком данного института. Также в качестве еще одной характерной черты сервитута Г.Ф. Шершеневич называл принадлежащее ему вещное свойство: «право пользования чужою вещью связывается с последнею, а не с субъектом права собственности, а потому, к кому бы и по какой бы сделке вещь ни перешла, это обстоятельство не влияет на силу сервитута»².

Государство имело возможность ограничить лицо в полноценной реализации права собственности, тем самым данные отношения были подобны сервитутам, однако таковыми не являлись. Данные ограничения либо так называемые «права участия» устанавливались, как правило, в интересе неопределенного круга лиц посредством издания публичного правового акта. Говоря о назначении данного института русского права, ученый указывал следующее: «ограничивая право собственности, закон имеет в виду облегчение сообщений, народное здравие, общественную безопасность и т.п. В этих видах допускается свободный проход и проезд по чужой земле, устанавливаются санитарные, строительные, пожарные меры, ограничивающие произвол пользования со стороны собственника»³.

Сервитут и право участия имели разное следствие в отношении права собственности и потому не могли входить в одну область гражданского права. Так, Г.Ф. Шершеневич, различая их, говорил следующее: «Сервитуты — это права третьих лиц, вследствие которых собственник стесняется в осуществлении своего права, законные ограничения — это стеснение собственника в осуществлении его права, вследствие которого обеспечиваются интересы третьих лиц»⁴. Иными словами: «Ограничения права собственности имеют в виду только стеснение собственника

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 225.

² Там же.

³ Там же. С. 172.

⁴ Там же. С. 173.

из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставление посторонним лицам права на чужую вещь. Последней цели служат главным образом сервитуты, которые в нашем законодательстве известны под именем прав угодий в чужих имениях»¹.

Таким образом, право участия являлось ограничением права собственности в силу закона и по существу своему не обладало вещно-правовым характером. Данное ограничение подразделялось на два вида: право участия частного, представляющее собой «ограничение права собственности в интересе одного или некоторых определенных лиц»², и право участия общего – «ограничение права собственности в интересе всех и каждого»³. В данном случае для нас наиболее важное значение имеет второй вид, так как характерными признаками, присущими «праву участия общего», ныне обладает известный нам публичный сервитут. Остановимся подробнее на данных признаках.

Во-первых, согласно ст. 23 ЗК РФ публичный сервитут устанавливается в отношении земельного участка законом или иным нормативным правовым актом Российской Федерации, нормативным правовым актом субъекта Российской Федерации, нормативным правовым актом органа местного самоуправления для обеспечения интересов государства, местного самоуправления или местного населения, без изъятия земельного участка. Говоря о праве участия общего, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что установление его возможно только законом и никаким иным способом.

Во-вторых, исходя из анализа вышеприведенной статьи действующего законодательства, публичный сервитут, так же как и право участия общего, устанавливается в интересе всех и каждого и действует к выгоде неопределенного круга лиц.

В-третьих, Г.Ф. Шершеневич отмечал: «право участия общего преследует интересы сообщения... закон стесняет собственника земли, через которую проходит дорога, в том отношении, что эта полоса земли, отведенная под дорогу, не может быть обращена ни на какое иное употребление, препятствующее сообщению»⁴. Обращаясь опять же к ст. 23 ЗК РФ, мы видим, что публичный сервитут может устанавливаться для прохода или проезда через земельный участок, т.е. тем самым преследует интересы сообщения.

Подводя итог всему вышеизложенному, мы можем смело утверждать, что приматом публичного сервитута являлся институт, который не относился к категории вещного права. С течением времени под воздействием различных исторических явлений право участия общего как средство ограничения права собственности терялось на страницах истории русского права. Однако говорить о его полном исчезновении, вымирании данной категории мы не можем, так как, конвергентно существуя в начале XX в., сервитут и право участия ныне находят отражение в известном нам публичном сервитуте. Таким образом, последний в свою очередь представляется нам как элемент конвергенции частного права.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 173.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

Э.А. Гряда,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Северо-Кавказский филиал Российской академии правосудия

Возникновение права государственной собственности на земельные участки: баланс публичных и частных интересов

При анализе законодательства о возникновении права государственной собственности на земельные участки становится очевидным, что вопрос о соотношении частных и публичных интересов в рассматриваемой сфере может быть решен только путем определения в качестве критерия такого соотношения их баланса. По своей сути, основываясь на оценочных понятиях разумности и справедливости, баланс частных и публичных интересов, являющийся условием формирования правового государства, может рассматриваться как проявление принципа равенства участников гражданских правоотношений.

Очевидно, что проблема согласования частного и публичного интереса не может быть решена путем противопоставления данных парных категорий. Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, «необходимо посмотреть на общество с точки зрения отдельного человека, чтобы потом посмотреть на человека с точки зрения общества».

В современных исследованиях, посвященных вопросу соотношения частных и публичных интересов, применяется системный подход, предполагающий определение понятия публичного интереса как совокупности частных интересов (элементов), связанных между собой, образующих единое целое, обладающее свойствами, не присущими составляющим его элементам, взятым в отдельности.

Представляется, что на современном этапе развития общественных отношений важнейшей целью правового регулирования отношений по приобретению прав на земельные участки является гармонизация, определение разумного баланса соотношения частных и публичных интересов. Так, по мнению Г.Ф. Шершеневича, именно в установлении равновесия между обществом и составляющими его индивидами заключается основная общественная задача.

В настоящее время основания и особенности возникновения права государственной собственности на земельные участки определены в нормативных правовых актах, являющихся источниками различных отраслей права (преимущественно гражданского и земельного). При этом необходимо учитывать, что рассматриваемые отношения характеризуются некой «двойственностью» правовой природы объекта соответствующего субъективного права, выражающейся в определении понятия земли как политико-правового пространства, основы жизни и деятельности народов, а с другой — понятия земельного участка как объекта недвижимости и индивидуально-определенной вещи.

В ст. 17, 18 ЗК РФ определены основания возникновения права собственности Российской Федерации и ее субъектов на земельные участки. Так, в государственной собственности находятся земельные участки, которые признаны таковыми федеральными законами, право собственности на которые возникло при разграниче-

нии государственной собственности на землю и которые приобретены Российской Федерацией по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

В настоящее время практика реализации действующего законодательства, определяющего особенности возникновения права собственности Российской Федерации и ее субъектов, свидетельствует о необходимости его совершенствования в целях обеспечения баланса частных и публичных интересов.

Во-первых, в совершенствовании нуждается законодательство о разграничении государственной собственности на землю. В настоящее время при разграничении государственной собственности права на земельные участки возникают на основании закона (ст. 3¹ Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»). При этом процесс разграничения характеризуется публично-правовым содержанием. Так, в юридической литературе разграничение государственной собственности на землю относят к специфическим основаниям возникновения права собственности на земельные участки: «...отношения по передаче имущества, находящегося в государственной собственности, обусловливаемые разграничением публично-властных полномочий, представляют собой систему публично-правовых властных отношений, одновременно субординационных и координационных по своему характеру».

Однако несомненным является тот факт, что эффективная публичная процедура разграничения государственной собственности является предпосылкой реализации частных интересов граждан и юридических лиц при приобретении прав на земельные участки. В частности, об этом свидетельствуют многочисленные споры о законности распоряжения земельными участками, собственность на которые не разграничена.

Зачастую причиной возникновения споров является неясность в вопросе о том, с какого момента возникает право собственности Российской Федерации или ее субъекта на земельный участок в порядке разграничения собственности. В соответствии с п. 2 ст. 8 ГК РФ права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают с момента регистрации соответствующих прав на него, если иное не установлено законом. Вопрос о том, является ли вступление в силу закона, предусматривающего нахождение земельного участка в государственной собственности таким «иным» моментом, неоднозначен. С одной стороны, учитывая сложившуюся судебную практику рассмотрения подобных споров можно сделать вывод о том, что право государственной собственности возникает не с момента его государственной регистрации, а с момента вступления в силу соответствующего закона. С другой стороны, в случае, если земельный участок не является сформированным, можно ли считать возникшим право собственности на индивидуально-неопределенную вещь? Представляется, что более логичным являлось бы определение в законе в качестве момента возникновения права при разграничении государственной собственности на землю момент формирования земельного участка, завершающийся его постановкой на государственный кадастровый учет.

Во-вторых, особого внимания заслуживает вопрос о необходимости совершенствования законодательства, определяющего основания и порядок возникновения права государственной собственности при принудительном прекращении права собственности на них граждан и юридических лиц. Нормы, регулирующие данные отношения, содержатся в нормативных правовых актах, являющихся источниками

различных отраслей права. Так, вопрос о соотношении норм гражданского и земельного законодательства предопределил наличие научных споров о месте норм, определяющих основания и порядок принудительного прекращения прав на земельные участки в структуре соответственного ГК РФ либо ЗК РФ. Так называемое дублирование данных норм одновременно в двух нормативных актов никогда не обеспечивало эффективность их применения.

Очевидным является и наличие противоречий в содержании указанных норм, таким примером являются нормы об определении выкупной цены земельного участка и определения затрат и убытков, связанных с новым строительством, расширением и реконструкцией зданий и сооружений на земельном участке с момента государственной регистрации решения об изъятии участка либо уведомления об изъятии.

Очевидным примером нарушения баланса частных и публичных интересов является тот факт, что сложившаяся практика правового регулирования рассматриваемых отношений исходит из возможности определения особенностей изъятия земельных участков нормами отдельных федеральных законов, в частности Федерального закона от 1 декабря 2007 г. «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр... и развитии города Сочи как горноклиматического курорта...». Вызывает вопросы сама возможность установления таких особых правил, отличных от норм ГК РФ и противоречащих общим положениям теории права (обратная сила закона).

Кроме того, действующее законодательство содержит ряд пробелов в регулировании отношений по принудительному прекращению прав на земельные участки. В частности, не в полной мере урегулированы вопросы принудительного прекращения прав в результате совершения правонарушения, не определен порядок организации и проведения торгов по продаже таких участков в отношении всех видов участков.

Вышеуказанные проблемы предопределяют необходимость комплексного подхода к совершенствованию законодательства о возникновении права государственной собственности на земельные участки в целях обеспечения баланса частных и публичных интересов.

А.В. Гудцова,

доцент кафедры гражданского права и процесса,
Коми республиканская академия государственной службы и управления

Дореволюционный опыт регулирования отношений, связанных с находкой

Одной из задач, стоящих перед юридической наукой, является не только осмысление новых направлений своего развития, но и ревизия тех правовых конструкций, которые являются нежизнеспособными. В этой связи обращение к дореволюционному опыту правового регулирования отношений, связанных с находкой, является не только познавательным, но и с практической точки зрения полезным, поскольку приходится констатировать, что дореволюционная сенатская практи-

ка по делам, связанным с находкой, была многочисленна¹, на современном этапе развития России такой судебной практики нет, несмотря на то, что СМИ пестрят объявлениями, связанными с публичным обещанием награды за находку, в местах наибольшего скопления людей, в частности в торгово-развлекательных центрах создаются «бюро находок».

На основе анализа действовавших до издания Свода законов Российской империи нормативных правовых актов² можно сделать вывод, что находка законодателем рассматривалась в широком смысле, т.е. к ней относилось все то, что найдено: и имущество, от которого собственник отказался, и имущество потерянное, от которого собственник не отказывался, и имущество, не принадлежащее никому³.

С изданием Свода законов меняется законодательный подход к регулированию отношений, связанных с находкой. Так, согласно ч. 1 ст. 538 т. X Свода законов «находкою называется обретение вещей и других движимых имуществ, которых владелец неизвестен»⁴.

Исходя из смысла ст. 539 Свода законов, найденная движимая вещь обращалась в право собственности, когда по явке и троекратной публикации⁵ и сверх того по уведомлении обывателей того места или города, где вещь найдена, через общую во всех домах повестку, не найдено будет хозяина, который должен представить полные и достоверные доказательства о принадлежности ему вещи. В награду нашед-

¹ Решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената. 1869. № 73, 562, 1335; 1870. № 11, 797, 798, 1088; 1871. № 610, 797; 1873. № 765, 1670; 1874. № 782; 1876. № 45; 1877. № 29; 1881. № 56; 1882. № 16; 1883. № 83; 1890. № 99; 1897. № 16; 1902. № 51; 1911. № 19; 1912. № 44. Решения Уголовного департамента Правительствующего Сената по делам о присвоении находки. 1867. № 167; 1869. № 678; 1870 г. № 71, 103, 1075, 1502; 1871. № 33, 162, 1813; 1872. № 138; 1874. № 691 (приводится по: Вопросы, разрешенные Гражданским кассационным департаментом Правительствующего Сената в 1902 г. / Сост. Д.Д. Чернов // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 9. С. 277–278); Гудцов А.М. Русское гражданское право. СПб., 1911. С. 210; Суворов Н. О находке по русским законам // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. Кн. 2. С. 153, 156–158, 164, 171–172, 181; Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 236–237; Кассо Л. Незвестность хозяина найденной вещи. М., 1905. С. 29, 32–33, 35–39; Товстолес Н. Находка по проекту гражданского уложения // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 4. С. 179, 181–182; Пободоносцев К.П. Курс гражданского права. В 3 т. / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. Т. 1. М., 2003. С. 372–375.

² Статья VI (VII) Договора Олега с греками 911 г.; ст. VIII Договора Игоря с греками 945 г.; ст. 11–14 Русской Правды (акад. список); ст. 47 Псковской судной грамоты; ст. 26, 27 гл. VII, ст. 91 гл. XXI Соборного уложения 1649 г.; ст. 195 Воинского устава от 30 марта 1716 г.; ст. 131 Морского устава от 19 января 1720 г. (кн. V, гл. 17); Указ о рудниках и минералах от 10 декабря 1719 г. (п. 1); указы от 13 февраля 1718 г. № 3159, от 16 января 1721 г. № 3738, Указ о слюде 30 сентября 1727 г. (п. 1); Указ о Сибирских заводах от 26 сентября 1727 г.; Устав о соляных промыслах от 31 декабря 1727 г. (ст. 1); Берг-регламент от 3 марта 1739 г. (п. 2); Указ от 23 августа 1766(7) г. о корне, известном под именем марены; Указ от 28 июня 1782 г. № 15447 (п. 2–5); Указ от 9 октября 1766 г. о жемчуге; Горное положение от 13 июля 1806 г. (§ 192, 200, 201); Указ Правительствующего Сената от 27 марта 1806 г.; Высочайший указ от 24 апреля 1806 г. о вольном промысле слюдою; Жалованная грамота дворянству (ст. 33); указы от 21 августа 1834 г. № 7380, от 3 июня 1837 г. № 10306 (§ 114), от 18 февраля 1841 г. № 14280.

³ Широкий подход к понятию находки наблюдается у А.И. Кранихфельда, В.Ф. Вельяминова-Зернова (см.: Вельяминов-Зернов В. Опыт начертания российского частного гражданского права. Ч. II: Право вещей. СПб., 1815. С. 52–53; Кранихфельд А. Начертание российского гражданского права в историческом его развитии, составленное для Императорского училища правоведения. СПб., 1943. С. 121.

⁴ Свод законов Российской Империи // <http://civil.consultant.ru/reprint/books/211/388.html>

⁵ Законом от 23 марта 1912 г. в ст. 539 был введен шестимесячный срок для приобретения права собственности на найденную вещь в случае обнаружения собственника имущества (приводится по: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 237).

ший получал, в случае явки хозяина, третью часть цены найденного¹. А в губерниях Черниговской и Полтавской — половину².

На наш взгляд, одной из причин, связанных с изменением законодательного подхода, является интерес публичной власти к тому или иному имуществу, являющемуся предметом находки. Бурное развитие промышленности и освоение способов добычи полезных ископаемых делает привлекательной данную сферу для государства. Полезные ископаемые перестают быть предметом находки³; аналогичным образом обстоит дело и с предметами, представляющими историческую или культурную ценность, т.е. имущество, в котором государство заинтересовано, выпадает из-под «режима находки». Еще одним из примеров, убеждающих нас в таком подходе государства, является принятие в конце XIX в. закона в отношении метеоритов⁴, которые не могли быть приобретены частными лицами. И наоборот, ослабевание интереса публичной власти ведет к возможности приобретения права собственности на найденные вещи частными лицами, например, в отношении общедоступных для сбора вещей (диких животных, птиц, рыб), которые в XIX в. были еще предметом регального права.

С позицией законодателя по вопросу о признаках и условиях находки согласился Д.И. Мейер, который полагал, что находкой может признаваться вещь потерянная: «хозяин должен лишиться владения вещью по неосторожности или небрежности; а потому, если вещь он оставил с намерением, она не считается потерянной»⁵. Аналогичного мнения был Г.Ф. Шершеневич⁶.

К.П. Победоносцев, рассуждая относительно признака случайности потери вещи и настаивая на нем, приводит случай из сенатской практики об оставленном саквояже (дело Мантейфеля 1869 г.). Суть его в следующем: Мантейфель, приехав в Петергоф, поставил на улице у забора свой саквояж и пошел за извозчиком. Вернувшись, он не обнаружил вещи. Ее взяли проходящие мимо люди и отнесли в полицию, требуя позже вознаграждение. Судом в выплате награды было отказа-

¹ «Если настоящий хозяин явится с полным и достоверным доказательством о принадлежности ему найденной вещи, то она должна быть ему возвращена беспрекословно; нашедший же потерянную вещь получает в награду третью часть цены оной. Если хозяина найденной вещи не сыщется, то, по сделании троекратной публикации, вещь остается в целости нашедшему» (ст. 539).

² *Пахман С.В.* История кодификации гражданского права. В 2 т. Т. II. СПб., 1876. С. 69; ст. 540 Свода законов (ч. 1 т. X).

³ Происходит развитие русского горного права, основывающегося на принципе разделения недр и поверхности земли. Принимаются Горное положение от 13 июня 1806 г., позже Горный устав (т. VII Свода законов 1893 г.). Более подробно об истории развития русского горного права см.: *Удинцев В.* Право на залегающие в недрах ископаемые // Журнал юридического общества при Императорском С.-Петерб. ун-те. СПб., 1897. Кн. 4. С. 43–68.

⁴ Приводится по: *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 255.

⁵ Такой вывод связан с тем, что Д.И. Мейер, рассматривая находку в курсе гражданского права, просто перечисляет признаки и условия находки по нормам Свода законов, не высказывает никакой критики в адрес законодателя. Это не означает и того, что он не имел своего мнения на сей счет, поскольку в отношении отнесения находки к первоначальным способам приобретения права собственности Д.И. Мейер обрушился с острой критикой в адрес А. Кранихфельда. Примечательно также и то, что данных суждений нет в издании 1862 г. под ред. А. Вицына (см.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право / под ред. А. Вицына. СПб., 1862). Остается только надеяться, что А.Х. Гольмстен достоверно довел до нас позицию своего Учителя (см.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. 6-е изд., с испр. и доп. А.Х. Гольмстена. СПб., 1894. С. 302.

⁶ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 260.

но ввиду того, что вещь не была потеряна. «Очевидно, что в настоящем случае нет потери, — пишет К.П. Победоносцев, — нет существенного признака находки, нет потери или ненамеренного оставления: хозяин положил вещь с тем, чтобы на несколько минут сохранить ее. Хотя в 538 ст. т. X ч. 1 не упомянуто об этом признаке находки, т.е. об отсутствии воли и намерении хозяина, но этот признак относится к существу основного понятия о находке»¹.

С критикой в адрес законодателя выступил Н.Н. Товстолес, указавший, что случайность не может быть взята в качестве существенного признака находки ни со стороны находчика, ни со стороны лица, потерявшего вещь². Аналогичного взгляда был Н.С. Суворов, который полагал, что для разрешения вопроса о том, имеет ли место находка, должны быть применены общепризнанные начала науки права относительно прекращения владения, что предполагает наличие двух условий: во-первых, лицо должно потерять возможность непосредственного господства над вещью, а во-вторых, лицо, владеющее вещью, обнаружило каким-либо образом свое нежелание владеть ею (отречение от владения). Эти условия прекращения владения, как известно, составляли в римском праве обратную сторону положительных условий владения, т.е. условий его приобретения, которые в римском языке обозначались терминами *corpus* и *animus*. Применительно к потере, по мнению Н.С. Суворова, имеет место только первое условие, поскольку собственник, потерявший вещь, еще не имеет намерения отречься от владения. Суд должен обратить внимание на факт потери, а не руководствоваться «намерениями» собственника: желал он расстаться с потерей или нет³.

Оставляя в стороне, вне критики, имевший место в XIX в. фактически общепризнанный взгляд на владение как «непосредственное господство лица над вещью», т.е. «распространение власти на вещь — на объект, а не в отношении субъекта», что мы обнаруживаем и у Н.С. Суворова и что нами не поддерживается, следует согласиться с ним и в том, что суд не должен руководствоваться ни субъективными взглядами собственника в отношении потерянной вещи, ни субъективными взглядами лица, нашедшего вещь. В связи со сказанным следует критически отнестись к позиции Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, а также к сложившейся сенатской практике по данному вопросу. Так, нашедший, действуя добросовестно, не может знать, оставил ли собственник свою вещь намеренно или случайно потерял; он, выполняя обязанность в силу закона, а именно извещая полицию о находке, не утаивая у себя найденную вещь, должен рассчитывать на установленное законом вознаграждение за свое добросовестное поведение, за свои действия в интересах другого лица — собственника аналогично действиям лица в чужом интересе без поручения.

Можно предположить, что оставленное собственником имущество могло быть присвоено злоумышленником, которого не обнаружила, к примеру, полиция, и тогда собственник вообще мог бы остаться без своей вещи, уповая на то, что риск случайной утраты имущества несет он сам.

С учетом высказанной позиции относительно необходимости поощрения со стороны законодателя добросовестного поведения лица, нашедшего имущество, возна-

¹ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. СПб., 1873. С. 375.

² Товстолес Н. Указ. соч. № 4. С. 177–178.

³ См.: Суворов Н. Указ. соч. С. 154–155.

гражданин, также нельзя согласиться и с другим условием, приводимым Д.И. Мейером, о том, что «хозяин вещи в момент обретения должен быть неизвестен нашедшему; хотя этот признак не существен для наказуемости присвоения находки, т.к. с точки зрения уголовной политики это безразлично: одинаково наказуемо присвоение найденной вещи — знал или не знал нашедший кому вещь принадлежит, но для наступления гражданских последствий находки это существенно»¹.

Критическое отношение к такому признаку находки, как неизвестность хозяина найденной вещи, было высказано со стороны ряда ученых². Так, Л.А. Кассо подробнейшим образом со ссылками на римское право, зарубежное законодательство, отечественную судебную практику исследовал этот признак находки и убедительно доказал, что знание или незнание собственника нашедшим вещь не должно быть определяющим признаком находки. Недобросовестность нашедшего не вытекает из его знания или незнания того, кто потерял вещь, а обнаруживается лишь тогда, когда он удержит вещь. Ученый также предостерегает законодателя от развития негативных явлений, критикуя и ст. 118 Проекта Гражданского уложения, в которой ее разработчики расширяют понятие известности хозяина, дополняя тем, что личность нашедшего и по знаку, и по метке, по фамилии на потерянной вещи, по указанию какого-либо постороннего: «Кто-нибудь нашедший бумажник с деньгами не получит от хозяина следующее ему законное вознаграждение, если в бумажнике окажется вид на жительство или другие документы, обнаружившие фамилию потерявшего, так что нашедший, зная взгляд нового Уложения на этот счет, решится, может быть, для сохранения за собой права на награду, выбросить из бумажника все эти документы, очень нужные хозяину бумажника, и отнести последний в участок с одними только деньгами»³.

По данному вопросу следует, на наш взгляд, поддержать Л.А. Кассо, поскольку признак знания или незнания хозяина вещи также не должен влиять на полагающуюся лицу, нашедшему вещь, выплату вознаграждения за его действия, направленные на сохранение найденного имущества.

Этот признак не должен быть определяющим и в вопросе о разграничении находки от преступного присвоения найденной вещи, а также при наказании виновного соответственно тому, знал ли он или не знал, кому принадлежит вещь, найденная им и утаенная. Совершенно безразлично, знал ли нашедший, кому принадлежит вещь: существенным является сознание чужой собственности, которое и придает удержанию найденной вещи характер преступного присвоения, а известность хозяина — факт чисто случайный — не должен отразиться на виновности лица, нашедшего вещь.

Подводя итог изложенному, можно констатировать, что законодательный подход к правовому регулированию отношений, связанных с находкой, в дореволюционный период эволюционировал от широкого (все то, что найдено) до узкого (то, что потеряно собственником или управомоченным лицом). Нормы, регулирующие отношения, связанные с находкой, под воздействием судебной практики и доктрины претерпевают качественные изменения, касающиеся как их содержа-

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. 6-е изд., с испр. и доп. А.Х. Гольмстена. СПб., 1894. С. 302.

² Товстолес Н. Указ. соч. С. 178; Суворов Н. Указ. соч. С. 145–182; Кассо Л. Незнание хозяина найденной вещи. М., 1905.

³ Кассо Л. Указ. соч. С. 39–40.

ния, так и юридической техники. Мысли, высказанные учеными в XIX — начале XX в. по вопросам находки, не утратив своей актуальности, могут послужить добротной теоретической основой для совершенствования отечественного законодательства и импульсом для дальнейшего развития науки гражданского права.

И.А. Емелькина,

д.ю.н., зав. кафедрой гражданского права и процесса,
Научно-исследовательский Мордовский государственный
университет им. Н.П. Огарева

Категория вещного права в работах Г.Ф. Шершеневича и современная цивилистическая дискуссия

Несмотря на то, что выдающийся русский цивилист Г.Ф. Шершеневич не посвятил специальных исследований монографического характера категории вещного права, в его фундаментальных работах содержится материал, который дает возможность целостного и комплексного представления о вещном праве. Это свидетельствует о том, что уже на рубеже XIX–XX столетий представители русской гражданско-правовой науки имели весьма полные представления о сущности и назначении вещного права, определяли его понятие, существенные признаки, характеризовали их, перечисляли критерии отграничения вещных прав как прав абсолютных от прав относительных; ограниченные вещные права отмежевывали от ограниченных права собственности; определяли содержание известных на тот период русскому праву ограниченных вещных прав (чиншевого права, личного пользования, сервитутов).

Для современного цивилиста труды Г.Ф. Шершеневича представляют собой один из самых авторитетных источников, одну из «последних инстанций», к которой следует обращаться при возникновении цивилистической дискуссии о вещном праве. Выводы и умозаключения Габриэля Феликсовича представляют собой максимально аргументированную информацию, отражают его глубочайшие знания римского права и зарубежных учений о вещном праве. Безусловно, в силу вполне объективных исторических причин Г.Ф. Шершеневич не мог нам рассказать о новых «веяниях», которые происходили на рубеже веков в Европе в области гражданского права, новых институтах вещного права и тенденциях его развития в германском и французском гражданском праве (к примеру, в работах Г.Ф. Шершеневича отсутствует материал о таких видах ограниченных вещных прав, как право застройки, вещные обременения (выдачи), преимущественные права, вещный договор, о новой германской системе вещных прав с делением на права пользования, преимущественного приобретения и распоряжения (ответственности)). Однако это вовсе не умаляет достоинств проделанной Г.Ф. Шершеневичем работы по исследованию вещного права, значения для цивилистической науки его выводов.

Для современной российской цивилистики категория вещного права остается до сих пор одной из самых дискуссионных. Современные исследователи задаются множеством вопросов, порой без серьезных обоснований, к сожалению, зачастую

игнорируя выводы и суждения, которые давно сформулированы дореволюционной цивилистикой. Причина тривиальна, за длительный период господства в нашей стране социалистической идеологии в сфере гражданского права из цивилистики «выбиты» многие классические конструкции, и вполне объяснимые еще для русского дореволюционного цивилиста вещно-правовые конструкции в современной литературе вызывают весьма ожесточенные споры, которые с использованием классической литературы зачастую можно разрешить одним-двумя предложениями.

Интерес к дискуссии о вещном праве не утихает с начала 90-х годов прошлого столетия, однако с принятием Концепции развития гражданского законодательства о вещном праве в РФ, вошедшей далее в одобренную 7 октября 2009 г. Советом по кодификации гражданского законодательства РФ при Президенте РФ Концепцию развития гражданского законодательства РФ и принятием на ее основе законопроекта он значительно повысился. Причиной тому – весьма кардинальные изменения в разделе о праве собственности и других вещных правах. Если в целом охарактеризовать дискуссию о вещном праве, то можно сформулировать вывод о том, что она на самом деле носит характер обвинений и упреков, нередко популистских и голословных. Зачастую никакой серьезной аргументации кроме таких выводов, как «данный институт не приживется в российском праве», у оппонентов раздела «Вещное право» законопроекта об изменении ГК РФ не находится. Поэтому обращаясь к анализу отдельных критических замечаний законопроекта необходимо заметить, что рассеяние этих сомнений будет происходить путем представления большинства аргументов, которые в классической дореволюционной науке не вызывали сомнений.

Необходимо подчеркнуть, что Г.Ф. Шершеневич – один из немногих русских цивилистов, посвятивший в учебнике гражданского права этой теме специальный раздел, назвав его «Вещное право». Обратим внимание на это, поскольку в тот период в среде русских правоведов было принято говорить о вотчинном праве. Свод законов гражданских относительно регулирования вещных правоотношений был далеко не совершенен. Ему не была известна категория «ограниченные вещные права», основная часть его норм посвящена праву собственности и помещена в кн. II и III ч. 1 т. X).

В проекте Гражданского уложения ограниченные вещные права должны были регулироваться кн. III «Вотчинное право».

Отметим при этом, что именно термин «вещное право» был основополагающим в тот период в континентальной Европе (*нем.* Sachenrechte), в прогрессивных на тот момент в Германском и Швейцарском гражданских уложениях. В настоящее время категория вещного права и соответствующая система вещных прав закреплена в преобладающем большинстве зарубежных правовых порядков: развитых (Германии, Австрии, Швейцарии, Франции, Голландии и др.), постсоветских (Польше, Болгарии, Чехии, Словении, Македонии) и в бывших советских республиках (Эстонии, Латвии, Грузии, Украины и др.).

Важное значение для современной цивилистики имеют детально проанализированные Г.Ф. Шершеневичем ограничения права собственности. Ограничениям права собственности в силу закона Г.Ф. Шершеневич посвятил параграф в «Учебнике гражданского права» (§ 22). В это связи необходимо напомнить, что именно русская дореволюционная цивилистика боролась с отождествлением ограниченных

вещных прав и ограничений права собственности, считала это смешение недопустимым. Это разграничение он описывает весьма четко: «Ограничения права собственности имеют в виду только стеснение собственника из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставляют посторонним лицам прав на чужую вещь».

Современная российская цивилистика исходит из того, что ограничения права собственности — это запреты, стеснения, которые устанавливаются в отношении собственника в исключительных случаях с целью удовлетворения публичных или частных интересов. Отметим, что в законопроекте о внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ к ограничениям права собственности отнесены публичные сервитуты как ограничения права собственности в публичных интересах и ограничения права собственности в интересах соседей (соседские права); он не смешивает их с ограниченными вещными правами. Должное обоснование отказа от публичного сервитута вытекает из проекта Концепции развития гражданского законодательства о вещном праве (п. 1 разд. «Сервитуты»), соответствующее положение об ограничении права собственности на земельный участок в публичных интересах установлено в законопроекте о внесении изменений в ГК РФ (ст. 295, 295¹, 295² ГК РФ в редакции законопроекта). Ограничения права собственности на земельный участок в пользу соседей (соседские права) закреплены в ст. 293 ГК РФ в редакции законопроекта о внесении изменений в ГК РФ.

Анализируя признаки вещного права, Г.Ф. Шершеневич считал основополагающим признаком его абсолютный характер. По его мнению, основным и в высшей степени важным делением прав представляется деление их на абсолютные и относительные. К числу первых он относил вещные, исключительные и личные права. Он писал: «абсолютному праву соответствует обязанность всех сограждан воздерживаться от действий, не согласованных с ним. Обязанности пассивных субъектов носят отрицательный характер, тогда как в обязательствах обязанность имеет положительный характер». По указанному признаку вещные права противопоставляются им правам относительным. Поэтому следует признать противоречащими идеям Г.Ф. Шершеневича суждения отдельных современных цивилистов о том, что признак вещного права «абсолютный характер» нельзя рассматривать как основной, ибо он не позволяет отграничить его от обязательственного права.

Система вещных прав у Г.Ф. Шершеневича представлена в виде сервитутов (вещных и личных, в том числе usufruct (пользования), пожизненного жительства), чиншевого права и залогового права. Известно, что в тот период виды вещных (вотчинных) прав по-разному рассматривались русскими цивилистами и относительно них не было единства. В частности, к вещным правам проект Гражданского уложения (в ред. 1902 г.) относил наследственное (оборочное) владение, пользование, сервитуты (поземельные и личные), вотчинные выдачи.

Г.Ф. Шершеневич не рассматривал в числе вещных прав закрепленное впоследствии в русском законодательстве право застройки, предлагаемые в проекте Гражданского уложения вещные выдачи. Все это — будущее русской цивилистики.

Позднее вышла книга И.А. Покровского «Проблемы вещного права», в которой он говорил о новых тенденциях в этой области и деление вещных прав представлял в рамках трех логически выстроенных по содержанию классификационных групп: права на пользование чужой вещью, права на приобретение известной вещи и права на получение известной ценности из вещи.

И завершая статью, отметим, что множество изречений Габриэля Феликсовича являются классическими цитатами. Но одно из них, напоминающее современную ситуацию в российской гражданско-правовой науке, приведем. Анализируя пробелы и противоречия в русском дореволюционном праве, Г.Ф. Шершеневич писал: «Здесь-то именно открывается широкая, благодарная задача для науки гражданского права, которая вовсе не должна посвящать себя комментированию законов, но, кроме правильного уяснения их смысла на основании исторического и систематического толкования, она должна уяснять юридическую конструкцию каждого института, указать его социальную цель, подвергнуть критике действующее законодательство и предложить взамен лучший порядок». В обратном случае, продолжает Г.Ф. Шершеневич, «разочарованная практика отворачивается от науки и ищет самостоятельного исхода для удовлетворения своих потребностей».

А.Б. Ефимов,

к.физ.-мат.н., ст. научный сотрудник,
доцент кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Государственная регистрация ограничений прав на недвижимое имущество

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ (далее — Концепция) право собственности следует определить как вещное право, которое дает лицу наиболее полное господство над вещью, в том числе путем владения, пользования и распоряжения ею, а также совершения в отношении нее любых действий, не запрещенных законом и не нарушающих права и охраняемые законом интересы других лиц.

Классик российской цивилистики Г.Ф. Шершеневич в своих трудах отмечал, что при обширном правомочии, которое дается собственнику, можно опасаться, что осуществление права, ничем не стесненное, способно отразиться весьма вредно на интересах прочих членов того же общества, на интересах самого общества. Это обстоятельство и побуждает положительные законодательства установить ограничения права собственности. Ограничивая право собственности, закон имеет в виду облегчение сообщения, народное здравие, общественную обязанность и т.п. Укрепление права, т.е. публичное, при посредстве органов общественной власти, гласное утверждение соединения права с известным субъектом делает вполне достоверным и всем известным вещное право и момент его установления.

Важную роль, связанную с укреплением гражданских прав и обязанностей, приданием им открытого характера, выполняет институт государственной регистрации.

Прошедшее столетие подтвердило необходимость конвергенции частного и публичного права. Участники проходившей в городе Ла Антигуа (Гватемала) в феврале 2003 г. встречи экспертов по регистрационным системам выделили три вида действующих в мире регистрационных систем:

- чисто публичные (называемые также *recording* или *private conveyancing*);
- чисто непротивопоставляемые (называемые также системами документов или *deeds*);
- системы государственного заверения (известные также как системы прав или *tittles*).

Как с точки зрения, вытекающей из теоретических выводов, так и с точки зрения эмпирической очевидности именно публичный реестр прав в наиболее высокой степени и наиболее действенно осуществляет свои функции. Регистрационные записи являются источниками информации для потенциальных договаривающихся сторон и заинтересованных лиц о том, кто является владельцем каждого права, о его способности распоряжаться недвижимой собственностью и об отягощающих недвижимость обременениях, что позволяет устранять информационную асимметрию юридического характера.

В этом смысле следует отметить целесообразность того, чтобы в законодательствах были сведены до минимума — а в идеале устранены — так называемые «скрытые обременения», т.е. те, которые, не будучи внесенными в реестр посредством записи, наносят ущерб третьему лицу, которое добросовестно приобретает, доверяя тому, что провозглашается реестром.

Применительно к регистрации прав на недвижимое имущество в России подлежат государственной регистрации не только имущественные права, но и некоторые сделки с указанным имуществом. По мнению разработчиков Концепции, целесообразно устранить указанное смешение различных систем регистрации и перейти на подлинную систему регистрации прав. В настоящее время внесены изменения, в соответствии с которыми правила о государственной регистрации сделок с недвижимым имуществом, содержащиеся в ст. 558, 560, 574, 584 ГК РФ, не подлежат применению к договорам, заключаемым после 1 марта 2013 г. В случаях, предусмотренных федеральным законом, пока сохраняется государственная регистрация сделок, связанных с установлением ограничений (обременений) прав на недвижимое имущество, в том числе договоров ипотеки, договоров аренды недвижимости, договоров участия в долевом строительстве, договоров лизинга недвижимости.

1 марта 2013 г. вступила в силу ст. 8¹ ГК РФ, содержащая общие положения о государственной регистрации прав на имущество, единые для различных объектов, в отношении которых предусмотрена правоустанавливающая регистрация. В частности, эта статья устанавливает принципы регистрации: проверки законности оснований регистрации, публичности и достоверности государственного реестра.

Особого внимания заслуживает новое правило (п. 2 ст. 8¹ ГК РФ) о том, что права на имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом. Применение этой нормы должно осуществляться с учетом п. 1 ст. 8¹ ГК РФ, согласно которому в случаях, предусмотренных законом, права, закрепляющие принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу, ограничения таких прав и обременения имущества (права на имущество) подлежат государственной регистрации.

На основе совместного анализа этих норм можно сделать вывод о том, что если в соответствии с законом права принадлежности недвижимого имущества определенному лицу (вещные права) подлежат государственной регистрации, то вме-

сте с этим правом подлежат регистрации ограничения таких прав и обременения недвижимого имущества. Из этого следует, что такие ограничения вещных прав в силу закона и обременения недвижимости возникают, изменяются и прекращаются с момента внесения соответствующей записи в государственный реестр, если иное не установлено законом.

В Федеральном законе «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее — Закон о регистрации) проводится четкое различие между государственной регистрацией прав на недвижимое имущество и государственной регистрацией ограничений (обременений) права, т.е. установленных законом или уполномоченными органами в предусмотренном законом порядке условий, запрещений, стесняющих правообладателя при осуществлении права собственности либо иных вещных прав на конкретный объект недвижимого имущества (сервитута, ипотеки, доверительного управления, аренды, концессионного соглашения, ареста имущества и др.).

За 15 лет, прошедшие с момента вступления Закона о регистрации в силу, проделана огромная работа по созданию системы государственной регистрации и кадастрового учета недвижимого имущества.

Несмотря на это, анализ практики его применения показывает, что в сфере правового регулирования оборота недвижимости остаются и вновь возникают многочисленные проблемы, связанные с укреплением прав на недвижимое имущество и судебной их защитой. В первую очередь это касается государственной регистрации ограничений прав на недвижимое имущество в силу закона.

Согласно ст. 4 Закона о регистрации наряду с государственной регистрацией вещных прав на недвижимое имущество подлежат государственной регистрации ограничения (обременения) прав на него, в том числе сервитут, ипотека, доверительное управление, аренда.

Ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество, возникающие на основании договора либо акта органа государственной власти или акта органа местного самоуправления, подлежат государственной регистрации в случаях, предусмотренных законом.

Именно с государственной регистрацией ограничений прав на недвижимость в силу закона на основании актов органов государственной власти или актов органа местного самоуправления чаще всего возникают проблемы на практике.

Г.Ф. Шершеневич указывал на следующие особенности государственной и городской собственности, которые должны быть учтены в системе регистрации. По государственным основаниям некоторые вещи признаются неспособными сделаться предметом прав со стороны частных лиц. Это такие вещи, которые принадлежат государству или его частям, например городу, и находятся волею закона в общем пользовании.

Среди вещей, составляющих государственное достояние, следует различать: а) казенные вещи, принадлежащие в собственность государству, которое приравнивает себя частному лицу, — государственные имущества; б) общественные вещи, хотя и принадлежащие государству, но предоставленные в общее пользование всех граждан.

Подобно государству, и городу принадлежат вещи, которыми он распоряжается как обыкновенный собственник, и вещи, которые хотя и принадлежат ему, но находятся в общем пользовании.

Принадлежащие городу земли, назначенные по городскому плану под площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, мосты, каналы, реки, пролегающие через городские земли, оставаясь городской собственностью, состоят в общем для всех пользовании, следовательно, эти земли не могут быть ни продаваемы, ни отдаваемы в аренду до изменения городского плана.

В настоящее время в федеральных реестрах, как правило, отсутствуют четко установленные и зарегистрированные границы (красные линии) территорий общего пользования, особо охраняемых природных территорий, охранных территорий объектов культурного наследия и других территорий (земель), которые не могут быть объектами гражданского оборота, как утверждал Г.Ф. Шершеневич, до изменения городского плана.

В соответствии с п. 2 ст. 214 ГК РФ земля и другие природные ресурсы, не находящиеся в собственности граждан, юридических лиц либо муниципальных образований, являются государственной собственностью. На практике, согласно этой статье, государственная собственность на землю на территории населенных пунктов определяется по остаточному принципу, а в муниципальной собственности, согласно действующему российскому законодательству, могут находиться только земельные участки, но не земли как территории общего пользования. Территории общего пользования как объекты земельных отношений, как правило, являются землями, а не земельными участками.

Отсутствие в кадастре недвижимости и Едином государственном реестре прав информации о красных линиях и зарегистрированных ограничений прав на недвижимое имущество в силу закона в публичных интересах приводит к массовым нарушениям гражданских прав.

П.З. Иванишин,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Бесхозные сети, возникающие при строительстве многоквартирного дома: частноправовой и публично-правовой подход

Одной из проблем современной энергетики является эксплуатация бесхозных сетей. Появление последних связано с отказом собственника или уполномоченного им лица от принятия на свой баланс энергетических сетей в момент введения дома в эксплуатацию.

Так, при строительстве застройщик получает от различных энергосетевых компаний технические условия на подключение к тем или иным энергетическим сетям. Расходы на подключение, в том числе на строительство и проведение энергосетей до строящегося объекта, как правило, включаются в себестоимость последнего и оплачивается за счет заказчика строительства. Соответственно, после введения строительного объекта в эксплуатацию все подпитывающие его энергетические сети по общему правилу передаются на баланс заказчика. Границы балан-

совой принадлежности и эксплуатационной ответственности в отношении подобных сетей определяются в точке присоединения к соответствующей центральной энергомагистральной, в порядке, предусмотренном Техническим условием, полученным застройщиком.

Однако в том случае, если в качестве строительного объекта выступает многоквартирный дом, то определение границ балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности происходит иным образом. Так, в соответствии с п. 8 Правил содержания общего имущества в многоквартирном доме, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 13 августа 2006 г. № 491, внешней границей сетей электро-, тепло-, водоснабжения и водоотведения, информационно-телекоммуникационных сетей (в том числе сетей проводного радиовещания, кабельного телевидения, оптоволоконной сети, линий телефонной связи и других подобных сетей), входящих в состав общего имущества, если иное не установлено законодательством РФ, является внешняя граница стены многоквартирного дома, а границей эксплуатационной ответственности при наличии коллективного (общедомового) прибора учета соответствующего коммунального ресурса, если иное не установлено соглашением собственников помещений с исполнителем коммунальных услуг или ресурсоснабжающей организацией, является место соединения коллективного (общедомового) прибора учета с соответствующей инженерной сетью, входящей в многоквартирный дом.

Безусловно, что установление данного правила определения границ общего имущества домовладения направлено на защиту интересов граждан в целях освобождения собственников помещений от дополнительного бремени по содержанию коммунальных сетей. Однако в результате оказался не решен вопрос о судьбе самих сетей. Фактически застройщики стали заложниками сложившейся ситуации, поскольку после непринятия сособственниками многоквартирного дома коммунальных сетей последние остались на балансе у застройщика и, соответственно, энергоснабжающие организации все расходы по обслуживанию данных сетей и оплате энергопотерь в них относят на застройщика как на сетевую организацию.

Причем подобная практика находит полную поддержку со стороны Федеральной антимонопольной службы. Так, Арбитражный суд Республики Татарстан по делу № А 65-2550/2011 об обжаловании постановления УФАС РФ по Республике Татарстан о привлечении застройщика к административной ответственности пришел к выводу, что застройщик как собственник сетей не может расторгнуть договор энергоснабжения, даже если не имеет принимающего устройства, поскольку в отношении конечных потребителей энергии, которые получают ее через сети застройщика, он выступает в качестве монополиста. Следовательно, намерение расторгнуть договор энергоснабжения со стороны застройщика является злоупотреблением права, в контексте ст. 10 Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции».

При таких обстоятельствах, по мнению суда, застройщик, чтобы избежать убытков от эксплуатации сетей, должен получить тариф на передачу тепловой энергии в порядке, предусмотренном приказом Федеральной службы по тарифам от 6 августа 2004 г. № 20-э/2 «Об утверждении методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую (тепловую) энергию на розничном (потребительском) рынке».

Между тем подобную практику можно считать оправданной только в отношении застройщиков, которые действительно являются собственниками построенных ими энергосетей. Зачастую же застройщики являются законными владельцами проложенных ими энергетических сетей только на период строительства. Поскольку по общему правилу коммунальные сети, предназначенные для обслуживания строящегося объекта, прокладываются за счет заказчика и расходы на их прокладку закладываются в общую смету строящегося объекта. И, соответственно, после введения строящегося объекта в эксплуатацию все относящиеся к нему коммунальные сети передаются заказчику как принадлежности главной вещи (построенного объекта).

При этом в зависимости от субъектного состава заказчика построенного объекта, а также характера строения возможно несколько вариантов последующих отношений. В одном случае, когда в качестве заказчика выступают сосособственники помещений многоквартирного дома или уполномоченная ими управляющая организация, присоединенные сети фактически становятся бесхозными. В другом случае, когда в качестве заказчика выступают собственники зданий или сосособственники расположенных в нем помещений, присоединенные сети поступают в собственность данных субъектов. В третьем, — когда коммунальные сети присоединены к индивидуальному жилому дому, то они также поступают во владение собственника данного дома.

Применительно к многоквартирным домам ситуация по поводу возникновения бесхозяйных коммунальных сетей нами уже затрагивалась в части установления границ балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности в порядке, предусмотренном Постановлением Правительства РФ от 13 августа 2006 г. № 491. В связи с чем можно утверждать, что непринятие заказчиком присоединенных сетей вместе с введенным в эксплуатацию строительным объектом (многоквартирным домом) однозначно свидетельствует о его отказе от них и, соответственно, о переходе их в категорию бесхозяйного имущества. Дальнейшая судьба этих сетей должна определяться по правилам ст. 225 ГК РФ, т.е. они поступают в муниципальную собственность.

Однако отсутствие в законодательстве четкой процедуры, определяющей судьбу энергетических сетей после того, как сосособственники многоквартирного дома или уполномоченная ими управляющая организация откажутся принять на баланс дома сети за пределами стены дома, приводит к тому, что энергоснабжающие организации, злоупотребляя своим доминирующим положением и прикрываясь публичными интересами, навязывают застройщикам не свойственную им деятельность в качестве сетевой компании. Пикантность данной ситуации придает то, что все это делается при полном попустительстве государственных органов. В итоге застройщик, не желающий вести не профильную для него деятельность и нести расходы по содержанию сетей, просто объявляет себя банкротом. И, как следствие, возникает ситуация, при которой энергетические сети все равно попадают в категорию бесхозяйного имущества и при этом гарантийные обязательства застройщика в отношении построенного дома также прекращаются.

Представляется, что выходом из сложившейся ситуации было бы закрепление в п. 8 Правил содержания общего имущества в многоквартирном доме, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 13 августа 2006 г. № 491, положения, в соответствии с которым коммунальные сети, не вошедшие в границы балансовой принадлежности и эксплуатационной ответственности многоквартирного дома, поступают в муниципальную собственность.

М.Н. Илюшина,

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и перспективы создания и регулирования права личного пользовладения (узуфрукта) в Проекте изменений ГК РФ

На основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства разработан Проект изменений в разд. II ГК РФ «Право собственности и другие вещные права», который внес глобальные изменения в систему ограниченных вещных прав. Если в ст. 216 ГК РФ предусматривается пять видов ограниченных вещных прав, то Проект изменений в ГК РФ в последней редакции содержит восемь видов ограниченных вещных прав.

Глава 20³ Проекта ГК РФ посвящена одному из новых видов ограниченных вещных прав — праву личного пользования (узуфрукту). Следует отметить, что законодатель впервые делает попытку закрепить данное вещное право в российском законодательстве. Оно было известно русскому праву конца XIX в. Однако в отличие от дореволюционного законодательства в Проекте ГК РФ данное право форматируется как самостоятельное ограниченное право узуфруктуарного типа, а не как личный сервитут¹.

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что пользование является особенно важным в бытовом отношении². Как отмечает И.А. Емелькина, «в отличие от российского права узуфрукт давно используется в гражданском праве ряда развитых стран континентальной Европы (Германии, Франции, Австрии, Швейцарии, Италии)»³. При этом следует отметить, что правовое регулирование ограниченных вещных прав на жилые помещения, сходное с регулированием узуфрукта, осуществляется гражданским и жилищным законодательством в виде жилищных прав членов семьи собственника жилого помещения, отказополучателя и получателя рентных платежей по договору пожизненного содержания с иждивением на проживание в жилом помещении (ст. 31, 33, 34 ЖК РФ).

Понятие права личного пользования (узуфрукта) определяется ст. 302 Проекта изменений в ГК РФ, согласно которой правом личного пользования признается предоставленное собственником вещи другому лицу (пользователю) право пользования и владения такой вещью. Пользователем может быть гражданин, а в случаях, установленных ГК РФ, — некоммерческая организация. В качестве объекта

¹ См.: Римское частное право / под ред. И.Б. Новицкого, И.С. Перетерского. М., 1948. С. 223–227 (автор раздела — В.А. Краснокутский).

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.) М., 1995. С. 231.

³ См.: Емелькина И.А. Вещные права в проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

права личного пользования ст. 302¹ Проекта изменений в ГК РФ называет только недвижимую вещь в отличие от дореволюционного законодательства, которое допускало установление узуфрукта как на движимую вещь, так и на недвижимость¹.

При этом все-таки надо отметить определенную гибкость законодателя, который хотя и определяет, что объектом права личного пользования может быть здание, помещение или иная недвижимая вещь, но предусматривает, что право личного пользования может быть предоставлено на жилое помещение, а также на не являющуюся недвижимой вещью часть в обремененном пользованием жилым помещением — одну или несколько комнат в квартире или жилом доме (п. 1 ст. 302¹ Проекта).

Установлены основания и формы приобретения права личного пользования. Узуфрукт может устанавливаться на основании соглашения или приобретаться в порядке наследования. Соглашение об установлении права личного пользования должно быть совершено в письменной форме путем составления единого документа, подписанного сторонами. Соглашение об установлении права личного пользования должно предусматривать размер платы за пользование или указание на то, что пользование является безвозмездным (ст. 302² Проекта).

Пользователь вправе владеть и пользоваться обремененной вещью в соответствии с ее назначением и требовать устранения всех прочих лиц, включая собственника, от владения и пользования вещью. Запрещается использование вещи, обремененной правом личного пользования, в предпринимательской деятельности. Это право не может быть передано другому лицу, в том числе в порядке универсального правопреемства или по сделке. Право личного пользования устанавливается на определенный срок или пожизненно. Для некоммерческой организации его срок не может превышать 20 лет (ст. 302³–302⁵ Проекта).

Ранее в Проекте изменений в ГК РФ были установлены специальные правила для социального пользования (ст. 302⁷). Оно устанавливалось в отношении жилого помещения исключительно в пользу лиц, проживающих совместно с собственником жилого помещения и имеющих в соответствии с семейным законодательством право на получение алиментов от этого собственника. В данном случае речь идет о праве лиц, которым предоставлено право проживания на основании договора с собственником жилого помещения или на основании судебного решения (п. 4 ст. 31 ЖК РФ). Последние изменения, внесенные в Проект ГК РФ, показывают, что законодатель отказался от формирования отдельной формы регулирования вещных прав на чужое жилое помещение. Теперь эти права входят в ограниченное вещное право личного пользования (узуфрукт).

При рассмотрении особенностей правового регулирования права личного пользования прежде всего следует выяснить, правомерно ли говорить о возможности применения в полной мере к данному ограниченному праву общих признаков вещных прав, указанных в Проекте ст. 222. Итак, любое вещное право, по мнению законодателя, должно отвечать следующим признакам: вещное право непосредственно обременяет вещь или иной объект вещного права и следует за ним; вещное право сохраняется до тех пор, пока оно не будет прекращено в установленном ГК РФ порядке; утрата владения вещью или иным объектом вещного права не прекращает этого

¹ Емелькина И.А. Вещные права в проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

права; вещные права пользуются преимуществом перед другими имущественными правами при их осуществлении и защите, если иное не предусмотрено ГК РФ; вещные права защищаются от их нарушения, совершаемого любым лицом, независимо от того, известен этот нарушитель или нет; защита вещных прав осуществляется в порядке, предусмотренном гл. 16 ГК РФ; вещные права не имеют срока действия, если иное не предусмотрено ГК РФ; вещные права на недвижимые вещи подлежат государственной регистрации и считаются возникшими с момента такой регистрации, если иное не предусмотрено ГК РФ; государственная регистрация вещных прав на движимые вещи производится в случаях, предусмотренных ГК РФ.

Сразу следует отметить, что указанные в законе и формируемые как императивное правило признаки вещных прав применимы к праву личного пользования лишь в части. Соответственно, нельзя себе представить, что в отношении прав членов семьи, отказополучателя или получателя рентных платежей в какой-то степени будет действовать такой признак, как возможность сохранения этого права при утрате владения вещью или иным объектом вещного права. Например, сам по себе добровольный выезд из жилого помещения для членов семьи собственника прекращает их статус в качестве членов семьи собственника и все вещные права, сопряженные с этим статусом.

Заметим, что указанные признаки аргументированы в научной литературе¹. Как отмечает И.А. Емелькина, «для вещных прав они являются основополагающими началами (принципами), на которых строится специальный правовой режим ограниченных вещных прав. По пути формирования правового регулирования принципов вещного права (а не его свойств) пошли и развитые правовые порядки»². Поэтому представляется, что в ГК РФ должны быть закреплены не свойства вещных прав, поскольку их просто не наблюдается в таком объеме ни у одного ограниченного вещного права, а принципы, на которых строится правовой режим.

В силу вышеизложенного можно обнаружить следующие проблемы правового регулирования, которые требуют внимания и устранения.

Осталось неясным, возможно ли установление права личного пользования на основании закона. Современное состояние подготовленного законопроекта не называет такого основания, тогда как это основание обязательно должно быть, иначе не усматривается основания возникновения такого права для членов семьи собственника жилого помещения. Все три основания возникновения узुфрукта были предусмотрены в дореволюционном правовом порядке: в силу договора (ст. 514 ч. 1 т. X), завещания (ст. 533, 1011 ч. 1 т. X), закона (ст. 1141 и 1145 ч. 1 т. X)³. Также требуется уточнение формирования особенностей исковой защиты владельцев узуфруктов, учитывая общую возможность, предусмотренную для владельцев ограниченных вещных прав в ст. 226, 227 Проекта ГК РФ.

¹ См.: Емелькина И.А. Вещные права в проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс»; Она же. Система вещных прав на землю в российском праве и некоторых зарубежных правовых порядках // Законодательство. 2010. № 12. С. 44–60; Иванов А.А. Об основных направлениях совершенствования законодательства о вещных правах // Вестник гражданского права. 2008. № 4. Т. 8. С. 99–101; Суханов Е.А. Кодификация законодательства о вещном праве // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. М., 2008. С. 72–93.

² См.: Емелькина И.А. Вещные права в проекте изменений Гражданского кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

³ Цит. по: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 231.

Е.В. Косенко,к.ю.н., доцент кафедры гражданского и семейного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Залоговое право: история и современность

В представленной научной статье проводится правовой анализ залоговых правоотношений на современном этапе и норм права о залоге на рубеже XIX–XX вв. Исследование залога Г.Ф. Шершеневича является одной из фундаментальных работ в этой области, к которой не раз обращались современные цивилисты в своих научных изысканиях.

Ключевым вопросом в работе является определение понятия залога и его природы. Г.Ф. Шершеневич, указывая на безусловно вещный характер залога, объясняет это тем, что право залога всюду следует за вещь независимо от права собственности на нее, которое может переходить от одного лица к другому¹. Действительно, на протяжении длительного периода развития права мы наблюдаем закономерный признак залоговых правоотношений – при замене собственника вещи обременение в виде залога продолжает существовать и прекратить обязательство возможно, лишь исполнив его. Новый собственник поставлен в зависимость от предыдущего обязательства прежнего собственника, и замена лица не влияет на право. Следует отметить, что и в римском праве залог определялся как вещное право. И.А. Покровский пишет, что залог в римском праве имел ярко выраженную вещную окраску².

Восприняв рецепцию римского права, российское законодательство тем не менее развивалось своим, самобытным путем. По этому поводу Г.Ф. Шершеневич отмечал, что залог встречается в истории русского права довольно поздно. В Русской Правде мы не встречаем указаний на залог, тогда как по Псковской судной грамоте залог соединяется с каждой сделкой, которая превышает по ценности рубль. А в договорах XV столетия встречаются уже многочисленные случаи залога движимых и недвижимых вещей, которыми обеспечивается договор займа³. При этом Г.Ф. Шершеневичем сделан однозначный вывод об изменчивом характере залоговых отношений. Российское право последовательно проходило развитие от определения залога как права на чужую вещь до введения правил об обязательной продаже заложенной вещи и удовлетворения требований кредитора из ее стоимости. Законодательство менялось довольно часто и нормы права, порой действующие 30–40 лет, заменялись прямо противоположными, но и их ждала та же участь.

Споры о природе залогового правоотношения не утихают на протяжении почти столетие. В.К. Райхер, критикуя как вещную, так и обязательственную природу залогового права, предлагает определять залог как вещный способ обеспечения исполнения обязательства⁴. О.С. Иоффе относит залог к способам обеспечения обязательств: «...залог определяется как такое правоотношение, в силу которого креди-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 346.

² См.: Покровский И.А. История римского права / под ред. А.Д. Рудокваса. СПб., 1999. С. 221–229.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 348.

⁴ Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав) // Известия эконом. ф-та Ленингр. политех. ин-та. Вып. 1 (XXV). Л., 1928. С. 295.

тор приобретает право, в случае невыполнения должником обеспеченного залогом требования, получить преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из ценности заложенного имущества»¹.

Б.М. Гонгало относит залог к праву на чужую вещь². Е.А. Суханов, являясь сторонником определения залога как абсолютно вещного права, подвергает критике позицию М.И. Брагинского и В.В. Витрянского об исключительно обязательственной природе залога³.

Мы полагаем, что нельзя относить залог только к вещным правам либо только к обязательственным⁴. Залог преимущественно обладает вещно-правовой природой. Это и право следования, и право истребовать вещь у третьего лица, и право обращения взыскания на предмет залога независимо от его нахождения даже в руках третьего лица. Но нельзя не заметить, что залог обладает и рядом признаков обязательственных прав, поэтому залог обладает двойственной природой⁵.

И Г.Ф. Шершеневич, отмечая вещный характер залога, тем не менее обращал внимание на особенные черты залогового правоотношения: «...В противоположность другим вещным правам, оно не имеет самостоятельного значения, а стоит в зависимости от права по обязательству. Тогда как содержание других вещных прав заключается в пользовании вещью, залоговое право не дает ни владения, ни пользования. Зато залоговое право дает субъекту его несравненно большее правомочие, чем другие вещные права, — оно может повлечь за собою лишение собственника принадлежащего ему права собственности»⁶.

Проект нового ГК РФ предлагает решить извечный спор цивилистов относительно природы залога: залог помещен в главу об обязательственном праве (поскольку предметом здесь могут выступать не только вещи, но и права), а вид залога — ипотека помещена в раздел «Вещные права». Такое разделение представляется нам вполне оправданным. Действительно, ипотека, как залог, предметом которого всегда выступает только вещь, преимущественно обладает вещно-правовой природой.

Опередив время, Г.Ф. Шершеневич высказывался и о возможности последующего залога вещи. На рубеже XIX–XX вв. российское законодательство не просто запрещало установление одновременно нескольких залогов на имущество, но и предусматривало уголовное наказание за нарушение указанного правила. Анализ развития залогового права позволил Г.Ф. Шершеневичу прийти к выводу о том, что это было вынужденной мерой, поскольку отсутствие отработанной системы регистрации залога на одно имущество могло привести к ситуации злоупотребления правом со стороны залогодателя. Но в конце XIX в. законодатель вводит правило об обязательной регистрации залога у нотариуса, что исключало всякую возможность залога с превышением реальной стоимости вещи, но запрещение на последующий залог было сохранено.

¹ Иоффе О.С. Советское гражданское право: курс лекций: Общая часть. М., 1958. С. 487.

² Залог, банковская гарантия и другие способы обеспечения исполнения обязательств: постатейный комментарий главы 23 Гражданского кодекса РФ / под ред. Б.М. Гонгало, П.В. Крашенинникова. М., 2010. С. 43.

³ Гражданское право: учебник. В 4 т. / под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 2. М., 2008.

⁴ Более подробно см.: Косенко Е.В. Залог недвижимости по гражданскому праву Российской Федерации: дис. ... к.ю.н. Саратов, 2004.

⁵ Аналогичное мнение высказывает И.В. Родионова (Родионова И.В. Залог прав: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2007. С. 9.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 347.

По этому поводу Г.Ф. Шершеневич замечал: «...Существование нескольких, последовательно устанавливаемых залоговых прав на одну и ту же вещь, создает последовательность в осуществлении этих прав и потому не противоречит ни логике, ни кредиту...»¹ Критика более чем уместна.

Современный законодатель не только признает последующий залог вещи, но и разрабатывает систему регистрации прав залогодержателей (Закон РФ «О залоге»). В отношении ипотеки предусмотрена регистрация каждого последующего залога имущества, но в отношении движимой вещи долгое время нормы права не отличались такой проработанностью. С 2015 г. планируется вносить сведения о залоге (и последующем залоге) в единую информационную систему нотариата. При этом права залогодержателя по залогу, сведения о котором внесены в информационную систему, будет пользоваться приоритетным правом на удовлетворение своих интересов перед залогодержателем, сведения о котором не были внесены в систему (Федеральный закон от 2 октября 2012 г. «О внесении изменений в Основы законодательства Российской Федерации о нотариате и отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Заметим здесь, что законодатель вернулся к праву, которое уже было известно на рубеже столетий, современником которых был Г.Ф. Шершеневич.

В заключение обратим внимание еще на один вывод, к которому приходит Г.Ф. Шершеневич при исследовании залогового правоотношения. Анализируя практику применения норм о залоге, он обращает внимание на противоречивый подход судебных инстанций к определению прав залогодержателя при обращении взыскания на предмет залога. Так, законодатель твердо стоял на позиции отсутствия права залогодержателя на возмещение своих убытков за счет другого имущества должника, если стоимость заложенного имущества окажется недостаточной. Совершенно верно Г.Ф. Шершеневич замечает, что это положение следует признать и нелогичным, и несправедливым. Нелогичность его обнаруживается из существа залога, который имеет своей целью обеспечить право требования, имеющее уже объектом своего удовлетворения все имущество должника. Следовательно, залоговое право, кроме общего всем кредиторам права на имущество должника, дает залогодержателю, сверх того, специальное право преимущественного удовлетворения из ценности определенной вещи. В этом заключается реальное обеспечение права. Залоговое право не производит новации, оно не прекращает силы главного обязательственного отношения и не заменяет, а лишь дополняет залоговым отношением. Поэтому залогодержатель не может быть лишен права отказаться во всякое время от предоставленной ему привилегии и искать удовлетворения на общем основании, т.е. во всяком имуществе должника, а не в определенной вещи². Нам остается лишь заметить, что современное право восприняло это предложение, предусмотрев право кредитора на полное возмещение убытков.

Представленный краткий анализ трудов Г.Ф. Шершеневича приводит нас к выводу о поразительном его умении видеть главное, выделить самую суть, направить, указать точную цель, которую современный законодатель сумел достигнуть благодаря глубоким научным исследованиям российского цивилиста. Прогрессивное мышление, профессионализм позволили этому выдающемуся ученому заглянуть почти на столетие вперед, в современное право.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 352.

² См. там же. С. 360–363.

Д.В. Лоренц,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Южно-Уральский государственный университет;

А.И. Меркурьева,

студентка 3-го курса юридического факультета,
Южно-Уральский государственный университет

Ренессанс соседских прав в Проекте ГК РФ как отражение научных воззрений Г.Ф. Шершеневича

Институт соседского права переживает свое возрождение в современной России. Проект Федерального закона № 47538-6¹ (далее — Проект ГК РФ) (ст. 293, 294) предусматривает ограничение права собственности посредством соседских прав.

Соседские отношения в действующем российском законодательстве регламентируются ЖК РФ, который устанавливает, что пользование жилым помещением осуществляется с учетом соблюдения прав и интересов соседей (п. 4 ст. 17, подп. 3 п. 4 ст. 83 и др.); ГК РФ (ст. 10, 293 и пр.) и иными нормативными правовыми актами. Отсутствие систематизированных норм о соседстве затрудняет формирование полноценного института соседских прав.

Соседские права появились еще в XIII–XVI вв., а окончательной регламентации достигли в Своде законов Российской империи 1832 г. в виде прав участия частного².

Ограничения прав собственности в дореволюционном законодательстве назывались правами участия. Значительный вклад в разработку теории прав участия внес выдающийся цивилист, профессор Казанского и Московского университетов Г.Ф. Шершеневич.

Г.Ф. Шершеневич считал, что права участия и ограничения прав собственности в интересах определенных лиц имеют разную правовую природу: «Выражение «право участия» само по себе указывает на соучастие посторонних лиц в пользовании чужой вещью. Между тем это не соответствует ни существу понятия об ограничениях права собственности, ни совокупности тех отношений, который закон охватывает под именем прав участия. Ограничения прав собственности имеют в виду только стеснение собственника из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставление посторонним лицам права на чужую вещь»³.

Д.И. Мейер, соглашаясь с мнением Г.Ф. Шершеневича, писал, что «право участия, допускаемое нашим законодательством в смысле ограничения права собственности... не составляет права на чужую вещь, потому что право на чужую вещь есть уже выдел из права собственности, а ограничения составляют его предел; ограничения устанавливают для сторонних лиц только право на совершение известных действий, которые не считаются нарушениями права собственности»⁴.

¹ Проект № 47538-6 федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // <http://www.consultant.ru/law/doc/gk/#0002>

² Виниченко Ю.В. Исторические начала соседского права в России: монография. Иркутск, 2012. С. 29.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 2005 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ Мейер Д.И. Русское гражданское право. Пг., 1914 // СПС «Гарант».

В.Б. Ельяшевич, придерживаясь иных взглядов, чем Г.Ф. Шершеневич, полагал, что не существует никакого различия дефиниций прав участия частного и ограничения права собственности и признавал мнение Правительствующего Сената о том, что право участия частного это «известные ограничения права собственности, установленные в пользу соседей»¹.

С.В. Пахман считал, что права участия относятся к сервитутам и предоставляют право третьим лицам на чужую вещь². Г.Ф. Шершеневич, оспаривая эту позицию, утверждал, что «право участия частного в противоположность сервитутам не дает соседям никаких самостоятельных прав на чужой земле, а только стесняет собственника в осуществлении своего права»³. Кроме этого, Г.Ф. Шершеневич критиковал юридическую технику законодателя. К примеру, норма закона о том, что старшему нотариусу поручено вносить в реестр крепостных дел отметки об ограничениях права собственности на недвижимое имущество, состоящих в уступке собственником в пользу постороннего лица или же в пользу другого недвижимого имущества права частного участия. По мнению ученого, установленное ограничение права собственности в силу закона при соглашении собственника дома с соседом может устранить это ограничение, а не установить его. Смешивание понятий права участия и сервитута порождает неправильную судебную практику⁴.

В дореволюционном законодательстве права участия закреплялись в двух формах: 1) право участия общего; 2) право участия частного. Согласно ст. 433 Свода законов 1832 г. право участия общего устанавливается в пользу всех без изъятия (отношения публичного характера), а право участия частного устанавливается в пользу какого-либо постороннего лица⁵. Однако данная позиция разграничения прав участия общего от прав участия частного в юридической литературе поддерживается не всеми.

Так, И.Б. Новицкий указывает, что многие нормы, ограничивающие право управомоченного лица в публичных интересах, оберегают интересы соседа, поэтому соседское право должно пониматься шире, чем это было ранее⁶.

Рассуждая о соседском праве, Г.Ф. Шершеневич предлагал право участия частного, которое составляет ограничение права собственности в интересах определенных лиц (соседей), назвать правом соседства. Эти ограничения называются условиями соседства в городе и вне города (право сельского соседства). К условиям соседства вне города относили: собственник дома не вправе лить воду (следовательно, спускать талый снег или нечистоты) и сметать сор на дом или двор соседа; выводить окна и двери на соседний двор; делать скат крыши на двор соседа и т.д. Сельское соседство устанавливало ограничения, которые согласно п. 1 ст. 442 Свода законов препятствуют собственнику земель, расположенных ниже по реке, поднимать запрудами речную воду и вследствие того подавлять луга, пашни и останавливать действие мельницы собственника вышележащих земель.

¹ Ельяшевич В.Б. Право участия частного и его защита. СПб., 1914. С. 9.

² См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право в России (юридические очерки). СПб., 1877–1879 // СПС «Гарант».

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

⁴ См. там же.

⁵ См. там же.

⁶ См.: Новицкий И.Б. Право соседства. Рамки и значение проблемы // Право и жизнь. 1924. Кн. 5–6. С. 6–7.

Проект ГК РФ предусматривает конструкции ограничения прав собственности на земельный участок, фактически идентичные дореволюционному правопорядку. В ст. 295, 295.1, 295.2 Проекта устанавливаются ограничения права собственности на земельный участок в публичных интересах (некий институт прав участия общего), а в ст. 293, 294 Проекта — ограничения прав собственности на земельный участок в интересах соседей (аналогия института прав участия частного).

Согласно п. 2 ст. 293 Проекта ГК РФ собственник земельного участка должен претерпевать воздействие исходящих с соседнего земельного участка газов, запахов, дыма, тепла, шумов и иное подобное воздействие, если оно не оказывает влияние на использование его земельного участка или влияние не превышает установленных нормативов, разумных пределов, исходя из природы и местоположения земельных участков или из обычая и др. В случае превышения пределов собственник вправе предъявить негаторный иск. В ст. 294 Проекта раскрывается содержание ограничений: пропускать воду, не возводить здания, не осуществлять посадки и прочее, что может существенно нарушить права соседей. Ограничения в публичных интересах по ст. 295² Проекта рассматриваются не в качестве правомерных притеснений, а как возможность использовать земельный участок без согласия собственника: проход или проезд, ремонт коммунальных, инженерных, электрических и других линий и сетей, забор (изъятие) водных ресурсов, водопой, прогон сельскохозяйственных животных, проведение геологического изучения недр и др. По сути это признаки публичного сервитута.

Итак, воззрения Г.Ф. Шершеневича имеют определяющее значение в формировании правовой конструкции ограничения права собственности в интересах третьих лиц, а также института соседства на современном этапе развития гражданского права в России. Соседские права не утратили своей актуальности: «При том обширном правомочии, которое дается собственнику, можно опасаться, что осуществление права, ничем не стесненное, способно отразиться весьма вредно на интересах прочих членов того же общества, на интересах самого общества»¹.

Определение правовой природы соседского права позволяет отграничить его от смежных институтов. Полагаем, что сервитут предоставляет сервитутарию возможность активно (положительным действием) использовать *чужую* недвижимость наименее обременительным для собственника способом или требовать от ее собственника воздержаться от определенных действий (отрицательный сервитут). Соседское же право предполагает возможность использовать *свою* недвижимость. Во-первых, собственник вправе осуществлять вещные правомочия, а именно собирать плоды, упавшие на его участок с дерева соседа и пр. Во-вторых, требовать от соседа, в случае необходимости, совершить положительное деяние, т.е. действие, например участвовать в строительстве общей стены, или бездействие, в частности не изменять приток света, не шуметь. В-третьих, соседство включает обязанность претерпеть разумные помехи (шум, запахи и др.) со стороны соседа.

Таким образом, соседское право — это конгломерат синаллагматических правомочий и обязанностей собственников земельных участков (соседей), который создает разумную и справедливую систему сдержек и противовесов взаимного влияния на использование земельных участков, необязательно соприкасающихся.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

А.А. Масалимова,
ассистент кафедры гражданского права,
Институт права, Башкирский государственный университет

Самозащита фактического владения по гражданскому праву России: проблемы и перспективы развития

Самозащита в качестве самостоятельного способа защиты права была введена в ГК РФ 1994 г. Такого способа защиты не знали ни ГК РСФСР 1922 и 1964 гг., ни Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. В действующем ГК РФ самозащита включена в перечень универсальных способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ), в то время как по сути она является не способом, а формой защиты права.

Несмотря на то, что в законодательстве сам термин «самозащита» появился относительно недавно, доктрина гражданского права использовала это понятие и ранее. Понятие «самозащита» существует в широком и узком смысле слова. В широком смысле — это любые действия лица, обладающего субъективным правом, связанные с защитой данного права от нарушения (включая подачу иска, жалобы, самостоятельную защиту гражданских прав в суде без помощи адвоката и т.п.). В узком гражданско-правовом смысле — это действия лица, направленные на пресечение нарушения и ликвидацию его последствий.

Следует отметить, что самозащита, несмотря на ее естественность именно в сфере защиты ситуаций фактической принадлежности вещей, не является каким-то особым средством защиты владения. В соответствии со ст. 12 и 14 ГК РФ, можно говорить о том, что у нас вполне возможна самозащита законного владения, которая является одним из наиболее упрощенных способов охраны прав владения. Отсутствие права у незаконного (беститульного) владельца тем не менее не является препятствием для возможности защиты его фактического владения от самоуправного посягательства в рамках института защиты в пределах необходимой обороны. Соответственно на сферу фактического владения также распространяется институт самозащиты.

Говоря о перспективе развития самозащиты владения в российском праве, следует отметить, что разработчики Проекта новой редакции ГК РФ уделили особое внимание реформированию разд. 2 ГК РФ «Вещные права». В рассматриваемом нами контексте самозащита владения названа в числе способов защиты вещного права. В силу п. 2 ст. 215 Проекта «защита владения может осуществляться владельцем самостоятельно (самозащита) или посредством обращения к уполномоченным государственным органам (судам, органам исполнительной власти и т.д.)». Нельзя также не отметить, что Проект не содержит понятия самозащиты владения, в связи с чем в дальнейшем могут возникнуть споры о правомерности тех или иных действий фактических владельцев.

Важным представляется вопрос отграничения требования о нарушении владения от действий, представляющих собой разрешенную законом самозащиту права, а последних — от самоуправных действий.

Владельческая защита исторически формировалась как практический, прикладной механизм, целью которого является оптимальное регулирование общественных отношений на началах принципов разумности и целесообразности. Нелепо было бы превращать ее в преграду для самозащиты права, заставляя субъекта нарушенного права владения при наличии у него возможности в рамках закона самостоятельно восстановить существовавшее до нарушения положение решать эту проблему исключительно путем предъявления владельческого или традиционного (виндикационного, негаторного, договорного) иска. Именно поэтому действия, совершенные в рамках самозащиты права, не должны квалифицироваться как самоуправные, т.е. пресекаемые посессорной защитой владения.

С учетом специфического характера ситуаций, в которых законом допускается применение мер самозащиты, правоприменительная практика выработала ряд требований, предъявляемых к поведению защищающегося лица. В частности, допускается самозащита лишь действительного, а не предполагаемого права; вред, причиненный при самозащите, не должен быть явно несоразмерен реально причиненному или предотвращенному вреду; жизнь и здоровье человека предполагаются более ценными величинами, чем имущество, в связи с чем особо взвешенным должно быть поведение защищающегося при причинении вреда жизни и здоровью лица, посягающего на имущественные ценности. Об этом свидетельствует и правоприменительная практика.

Защита владения фактическими действиями владельца носит характер самозащиты права в том случае, если этими действиями пресекается реальное посягательство на лишение или нарушение владения, если эти действия отвечают требованиям, предъявляемым законом к поведению лица, действующего в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, если обстоятельства, предшествовавшие этим действиям, были таковы, что потребовали незамедлительного вмешательства владельца, его адекватной реакции и не давали владельцу возможности выбрать один из нескольких вариантов поведения.

С учетом более широкого по сравнению с уголовным правом пониманием необходимой обороны в цивилистике самозащитой права в некоторых ситуациях должно быть признано и изъятие имущества опосредованным владельцем у прямого владельца (например, арендодатель, узнав о совершении арендатором действий, уничтожающих предмет аренды, незамедлительно отбирает вещь у последнего, поскольку любое промедление с учетом возникших обстоятельств повлечет за собой ее гибель).

В то же время не может рассматриваться как самозащита изъятие вещи силой лицом, утратившим владение, у нарушителя владения или у лица, в фактическом владении которого оказалась вещь по истечении времени, когда возврат владения не произошел незамедлительно). Не может рассматриваться как самозащита права самоуправное изъятие из чужого владения вещи, которая, как полагает нарушитель владения, принадлежит ему по праву, если оно не совершено в рамках необходимой обороны или крайней необходимости.

В тех случаях, где отсутствуют признаки самозащиты права, оно подлежит защите лишь юрисдикционными мерами — посредством посессорного или петиторного исков; любое иное поведение должно рассматриваться как самоуправство, на пресечение которого изначально и была направлена посессорная защита вла-

дения. Квалификация поведения субъекта как подпадающего под понятие самозащиты права или как самоуправного должна быть произведена судом при рассмотрении спора о владении в каждом конкретном случае с учетом обстоятельств дела.

Таким образом, установив в ходе рассмотрения владельческого иска, что лишение владения произошло в рамках самозащиты права, суд должен отказать в удовлетворении иска.

Основанием владельческого иска, т.е. фактическими данными, из которых истец выводит свои исковые требования, должны являться факт пребывания спорной вещи во владении истца, а также факты лишения владения либо его нарушения ответчиком. Именно эти факты и должны быть доказаны либо опровергнуты в ходе посессорного процесса перед постановлением судом решения.

С учетом сказанного круг обстоятельств, подлежащих доказыванию при рассмотрении владельческого иска, включает в себя фактическое владение истца спорной вещью до лишения или нарушения владения; изъятие вещи ответчиком или совершение им действий, нарушающих владение истца (доказываются истцом); наличие или отсутствие в действиях ответчика признаков самозащиты права (доказывается ответчиком).

В том случае, если владельческий иск предъявляется к лицу, не причастному к лишению истца владения, в фактическом владении которого оказался предмет спора на момент предъявления иска, судом устанавливается наличие или отсутствие признаков самозащиты права в действиях лица, лишившего истца владения.

Следует отметить, что привлечение в процесс нынешнего фактического владельца спорной вещи не означает необходимости процессуального соучастия на стороне ответчика, поскольку результатом рассмотрения спора является вынесение не окончательного, а провизорного решения. Суд в таком случае должен установить факт пребывания вещи во владении истца до нарушения его права и факт совершения самоуправных действий по изъятию имущества, а также проверить, не носили ли эти действия нарушителя владения, передавшего впоследствии вещь ответчику (если его личность известна), правомерный характер самозащиты права.

Исходя из вышеизложенного под самозащитой, самозащитой фактического владения совершение фактическим владельцем правомерных действий, направленных на пресечение посягательств лиц, нарушающих интересы фактического владельца в обладании вещью, а также действий, направленных на восстановление утраченного владения.

Соответственно, действенный механизм неюрисдикционной защиты фактического владения должен не только разъединять самозащиту и самоуправство, но и быть основой для исковой формы защиты.

Представляется, что в целях более эффективного регулирования самозащиты от посягательств и определения понятия самозащиты от самоуправства целесообразно конкретизировать ст. 14 ГК РФ, включив в нее перечень условий, при которых самозащита является правомерной. К таким условиям относятся: наличие угрозы реального нарушения интересов владельца в обладании вещью, в ином случае речь может идти только об охране права собственности; соразмерность действия нарушению или его угрозе (необходимая оборона, крайняя необходимость), в ином случае действия потерпевшего сами приобретут характер правонарушения.

З.К. Мустафина,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Приобретение права собственности на постройки в трудах профессора Г.Ф. Шершеневича

Современное исследование проблем приобретения права собственности на строения требует анализа проблем и конструкций, существовавших при регулировании аналогичных общественных отношений в римском и русском дореволюционном праве с целью выявления теоретических и практических закономерностей, разработки новых научных концепций.

В русском дореволюционном гражданском обороте право на землю всегда имело приоритет перед постройкой, а все находящееся (построенное) на поверхности следовало судьбе земли. Так, в частности, И.А. Покровский считал, что земля имеет приоритетную ценность в составе иного недвижимого имущества¹. Возникновение права на строение, соответственно, в полной мере зависело от прав на земельный участок. При этом в отличие от римского права строение в русском дореволюционном праве считалось не составной частью земли, а принадлежностью к ней. Хотя Д.И. Мейер отмечал, что при застроении нет возможности немедленно разъединить материал с местом так, чтобы разъединение не оставляло следов², т.е. он допускал, что приращение образовывало составную недвижимую вещь.

С позиции профессора Г.Ф. Шершеневича собственник земельного участка имел право на все произведения на поверхности земельного участка, «на все, что заключается в недрах ее, на воды, в пределах ее находящиеся, и словом, на все ее принадлежности»³.

Известно, что права на имущество приобретаются способами, определенными законом. Способом приобретения права собственности Г.Ф. Шершеневич признавал такой юридический факт, с которым по взгляду объективного права соединяется установление права собственности в лице данного субъекта⁴.

Способы приобретения права собственности в дореволюционной и современной доктрине делят на первоначальные и производные. Г.Ф. Шершеневич к первоначальным способам относил завладение, давность владения, отделение плодов, приращение, переработку, находку, соединение, а к производным — передачу, в том числе и наследование⁵. Л.А. Кассо к производным способам приобретения права собственности причислял передачу, присуждение и перенесение права собственности актом государственной власти; к первоначальным — приращение и давность⁶.

¹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 195.

² См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 (по испр. и доп. 8-му изд., 1902). М., 1997. С. 420.

³ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 98.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 299.

⁵ Там же. С. 300.

⁶ См.: Кассо Л.А. Русское поземельное право. Здания на чужой земле. М., 1905. С. 102.

В отношении построек следует признать состоятельными и в настоящее время такие способы приобретения права собственности, как: передача, приращение, давность владения. В частности, Проект Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ¹ предполагает следующие основания приобретения права собственности на недвижимое имущество: создание новой недвижимой вещи, приобретение права собственности на самовольную постройку (на основании приращения), приобретение права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь (в силу приобретательной давности), приобретение права собственности на единый имущественный комплекс, приобретение права собственности на недвижимую вещь по сделке (на основании передачи).

Передача есть предоставление одним лицом другому владения вещью с намерением перенести право собственности. Исследуя договор купли-продажи, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что русское законодательство для перехода права собственности от продавца к покупателю требует передачи, для которой купля-продажа служит лишь основанием².

Переход (передачу) гражданских прав в современной цивилистической доктрине понимают как прекращение прав у правопродшественника, сопровождающееся возникновением прав и обязанностей идентичного содержания у правопреемника³. В литературе высказывается мнение, что право первоначального собственника прекращается, а право на эту вещь у приобретателя возникает вследствие сложного фактического состава, где каждый из юридических фактов имеет самостоятельное юридическое значение и только их совокупность производит соответствующий правовой эффект — прекращает право одного лица и порождает право другого⁴.

Таким образом, в случае приобретения права собственности на постройки при производных способах происходит передача субъективного права собственности, т.е. признанной законом меры (границы) возможного поведения в отношении данного объекта недвижимости, приобретателю.

Давность владения представляет собой такой способ приобретения права собственности, который основан на бесспорном и непрерывном владении в продолжение нескольких лет⁵.

Заметим, что в Проекте Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ предлагается закрепить норму о том, что право собственности может быть приобретено в отношении вещи, выбывшей из владения собственника помимо его воли, если неууправомоченное лицо в течение 30 лет открыто и непрерывно осуществляет владение этой вещью. В то же время в Проекте ГК РФ не предусматривается существующая в действующем законодательстве норма о том, что течение срока приобретательной давности в отношении вещи исчисляется с момента истечения срока исковой давности по требованиям, которые могли предъявить к владельцам управомоченные лица (п. 4 ст. 234 ГК РФ).

По смыслу ст. 225 и 234 ГК РФ право собственности в силу приобретательной давности может быть приобретено на имущество, принадлежащее на праве соб-

¹ Проект федерального закона № 47538-6 // www.consultant.ru

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 95.

³ См.: Попович М.М. Приобретение права собственности в гражданском праве России: автореф. дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2012. С. 10.

⁴ Там же. С. 11.

⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 308.

ственности другому лицу, а также на бесхозяйное имущество¹. Однако Л.А. Кассо придерживался точки зрения, что заимка бесхозяйной недвижимой вещи не может считаться способом приобретения права собственности, так как земли, которые никому не принадлежат, считаются собственностью казны². В современных условиях на бесхозяйные недвижимые вещи правильнее было бы распространить случаи приобретения права собственности в порядке приобретательной давности.

Приращение — это тот случай, когда собственник одной вещи приобретает право собственности на другую, хотя бы принадлежащую иному лицу, вещь, если она присоединяется к первой в качестве придаточной³. Приращение может быть выражено в трех формах: недвижимость к недвижимости, движимость к недвижимости (например, застроение), движимость к движимости.

Согласно п. 1 ст. 218 ГК РФ если застройщик возводит новый объект для себя, то он и приобретает на данный объект право собственности, но при этом наличие права на земельный участок является одним из условий законности создания объекта недвижимости. При отсутствии права на земельный участок объект представляет собой самовольную постройку, на которую по общему правилу право собственности не возникает, за исключением случаев, указанных в ст. 222 ГК РФ.

В случае, если в процесс создания объекта вовлечен подрядчик, то тогда нет создания лицом непосредственно объекта для себя. Подрядчик создает объект и тем самым также приобретает право на указанный объект, которое потом совместно с объектом (результатом) передает заказчику согласно ст. 703 ГК РФ. При этом законодатель не конкретизирует, какие именно права передаются заказчику.

Некоторые авторы считают, что вещь, созданная по договору подряда, принадлежит на праве собственности подрядчику до момента принятия выполненной работы заказчиком⁴. Так, В.А. Алексеев считает, что полномочия подрядчика в период создания объекта — это лишь полномочия фактического владельца⁵ и что подрядчик права собственности на вновь созданный объект недвижимости не приобретает. Следует согласиться с тем, что право собственности принадлежит создателю не на строение, а на использованные материалы⁶, т.е. до момента передачи результата заказчику и регистрации его права на вновь созданный объект недвижимости подрядчик имеет право собственности на движимые вещи — строительные материалы.

В русском дореволюционном праве существовала конструкция права застройки, которую сейчас возрождает Проект Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ. Вопрос о принадлежности строения, возведенного обладателем вещного права, регулировался в дореволюционном гражданском законодательстве неполно. Г.Ф. Шершеневич на сей счет отмечал, что по общему правилу Сенат выдвигал точку зрения, что строения, воздвигнутые на чужой земле, являются движимостью

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. 2010.

² См.: Кассо Л.А. Указ. соч. С. 102.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 330.

⁴ Гражданское право: учебник. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 2. М., 2006. С. 360.

⁵ См.: Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования. М., 2007. С. 304.

⁶ Гражданское право России. Общая часть: курс лекций / под ред. О.Н. Садикова. М., 2001. С. 433.

и не могут отчуждаться крепостным порядком. Если же строение возведено застройщиком по праву застройки, отчуждение их производится в крепостном порядке с отметкой в реестре крепостных дел на листе, отведенном для права застройки¹.

К. Победоносцев в свою очередь писал о том, что дом, построенный на чужой земле и проданный под снос, остается недвижимостью, так как крепко установлен в земле, находится во владении прежнего собственника и имеет вид целого дома².

Таким образом, согласно дореволюционному русскому законодательству постройки, возведенные обладателем права застройки, считались его собственностью, но при этом не могли признаваться составными частями земельного участка и подлежали сносу по окончании срока, на который было установлено право застройки.

Следует особо отметить, что согласно Проекту Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ здания и сооружения, возведенные на основании права застройки, будут принадлежать лицу, имеющему это право, на праве собственности в течение срока действия права застройки — от 50 до 100 лет, а по истечении срока права застройки здания и сооружения будут поступать в собственность собственника земельного участка. В данном случае следует заметить, что право собственности застройщика на здания и сооружения получается срочным, что противоречит принципу абсолютности (и бессрочности) права собственности.

Л.М. Мухаметзянова,

соискатель кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Круг лиц, участвующих в делах о признании права собственности на самовольную постройку

Предлагаемая статья посвящена анализу определения круга лиц, участвующих в делах о признании права собственности на самовольную постройку. Субъектами, участвующими в делах о признании права собственности на самовольную постройку, являются лица, имеющие право указанным в законе способом приобрести право собственности на нее. К данной проблематике в своих работах обращались ученые — цивилисты дореволюционного, советского и современного периодов: О.А. Беляева, Р.А. Валеев, А.Х. Гольмстен, О.В. Гумилевская, Е.В. Козлов, А.В. Люшня, А.В. Савина, Г.Ф. Шершеневич и др.

Субъектами правоотношений по легитимации самовольной постройки могут быть: физические лица (граждане России, иностранные граждане, лица без гражданства); юридические лица (российские, иностранные, международные), государственные и административно-территориальные (публично-правовые) образования, обладающие гражданской правосубъектностью. Действующее гражданское законодательство РФ относит к числу последних Российскую Федерацию, субъектов РФ и муниципальные образования.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 403.

² См.: Победоносцев К. Курс гражданского права. Ч. 1: Вещные права. СПб., 1896. С. 35–36.

Постройка считается самовольной, если она возведена на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном порядке, либо возведена без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил (п. 1 ст. 222 ГК РФ). Речь идет о нарушениях или несоблюдении административных норм, которые препятствуют оформлению права собственности в административном порядке посредством государственной регистрации, но позволяют застройщику в судебном порядке добиться реализации своего права на создание объекта недвижимости.

Надлежащим истцом по иску о признании права собственности на самовольную постройку может быть только землевладелец, т.е. лицо, имеющее в собственности, пожизненном владении, постоянном (бессрочном) пользовании земельный участок, на котором осуществлена постройка (абз. 1 п. 3 ст. 222 ГК РФ). Статус землевладельца должен существовать на момент принятия решения по делу. Отсутствие этого статуса дает основание для отказа в удовлетворении иска. Повторное обращение в суд допустимо, если истец приобретает необходимое право на земельный участок, поскольку имеет место новое основание иска — наличие у истца права на земельный участок.

Учитывая это, в целях обеспечения правильного и наиболее быстрого рассмотрения дела, при принятии искового заявления и в стадии подготовки дела к судебному разбирательству судье при определении круга доказательств, необходимых для разрешения возникшего спора, следует предложить истцу представить и доказательства, свидетельствующие о предоставлении ему в установленном порядке земельного участка, на котором расположена самовольная постройка¹.

Лицо, которое осуществило самовольную постройку, не являясь землевладельцем, не может приобрести право собственности на нее, в том числе по судебному решению. Оно может лишь предъявить иск о возмещении расходов к землевладельцу, за которым признано право собственности на постройку (п. 2, 3 ст. 222 ГК РФ).

В реальной оппозиции к требованиям о легализации самовольной постройки находятся любые лица, чьим правам, интересам, жизни и здоровью может угрожать самовольная постройка, поскольку речь может идти об интересах значительного числа или даже неограниченного круга лиц, дела об установлении права собственности на самовольную постройку носят публичный характер².

Бремя доказывания отсутствия нарушений и угроз несет истец. Ему надлежит собирать и представлять необходимые доказательства, ходатайствовать о назначении судебной экспертизы, нести связанные с этим расходы. Если представленные им доказательства с учетом контрдоказательств и доводов от противной стороны не устраняют сомнений суда в существовании нарушений или угроз, исходящих от самовольной постройки, иск должен быть отклонен. Отсюда следует необходимость выявлять всех заинтересованных в деле лиц, прежде всего истец обязан в исковом заявлении представить их перечень. Суд также должен предпринимать меры по выявлению всех заинтересованных субъектов и обеспечению их надлежащего представительства в процессе.

¹ См.: Кулыгина А.П. О признании права собственности на самовольно возведенное строение // <http://www.piteradvokat.spb.ru>

² Процессуальные проблемы судебной легализации самовольной постройки // <http://gkburo.ru/2012/04/16/4239>

В соответствии с разъяснениями, приведенными в п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», в силу п. 3 ст. 222 ГК РФ право собственности на самовольную постройку может быть признано судом за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка (далее – правообладатель земельного участка).

Определением ВАС РФ от 18 января 2012 г. № ВАС-17424/11 по делу № А51-18/2011¹ в передаче дела по иску о признании права собственности на реконструированный объект недвижимого имущества для пересмотра в порядке надзора судебных актов отказано, так как суд, отказывая в удовлетворении иска, исходил из того, что истец не владеет земельным участком, а реконструкция здания произведена без получения необходимых разрешений.

Определением ВАС РФ от 31 марта 2011 г. № ВАС-3104/11 по делу № А13-13775/2009² в передаче дела по встречному иску о признании права собственности на пристрой к зданию для пересмотра в порядке надзора судебных актов отказано, так как суд, удовлетворяя встречный иск, пришел к обоснованному выводу о том, что возведенный ответчиком по встречному иску пристрой является самовольной постройкой, ответчик не обладает никакими правами в отношении земельного участка, на котором расположен спорный пристрой.

Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, однако на ее создание были получены необходимые разрешения, с иском о признании права собственности на самовольную постройку вправе обратиться правообладатель земельного участка. Ответчиком по такому иску является застройщик. В этом случае застройщик имеет право требовать от правообладателя возмещения расходов на постройку.

Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, принадлежащем застройщику, однако на ее создание не были получены необходимые разрешения, ответчиком по иску застройщика о признании права собственности на самовольную постройку является орган местного самоуправления, на территории которого находится самовольная постройка.

Признание права собственности на самовольную постройку не свидетельствует о невозможности оспаривания заинтересованным лицом в последующем права собственности на это имущество по иным основаниям. Застройщик, как правило, не относится к лицам, чьим правам и интересам может угрожать сохранение самовольной постройки. Напротив, он имеет прямую заинтересованность в удовлетворении иска, так как именно легализация самовольной постройки позволяет ему потребовать от истца возмещения расходов на постройку (п. 3 ст. 222 ГК РФ), а решение об отказе в иске, напротив, может служить основанием для предъявления к нему требования о сносе самовольного строения (абз. 2 п. 2 ст. 222 ГК РФ). Эта заинтересованность оправдывает его участие в процессе в качестве третьего лица,

¹ Определение ВАС РФ от 18 января 2012 г. № ВАС-17424/11 по делу № А51-18/2011 // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc; base=ARB; n=247234>

² Определение ВАС РФ от 31 марта 2011 г. № ВАС-3104/11 по делу № А13-13775/2009 // <http://open.lexpro.ru/document/7624113>

не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора (ч. 1 ст. 51 АПК РФ), но противоречит статусу ответчика как лица, находящегося в оппозиции к требованиям истца¹.

Непосредственное участие в процессе обозначенных лиц или надлежащее представительство в суде их интересов обеспечивает действительную состязательность и тем самым полноту и достоверность установления фактов, от которых зависит удовлетворение искового требования. Без соблюдения этого условия разбирательство превращается в формальность, поскольку позволяет легализовать самовольную постройку без действительного устранения спора или сомнений относительно наличия или отсутствия нарушений прав, угроз жизни или здоровью граждан. Именно права и интересы этих лиц могут быть затронуты судебным решением, а потому они должны иметь возможность участвовать в процессе, представлять доказательства, излагать доводы в защиту своих прав и интересов. В противном случае решение по делу подлежит отмене как акт, принятый о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле (п. 4 ч. 4 ст. 270, п. 4 ч. 4 ст. 288 АПК РФ).

Э.Ф. Нигматуллина,

к.ю.н., доцент

кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Осуществление и защита права собственности на земельные участки

Среди явлений права именно в собственности выражены качества личности, «собственность, строго говоря, есть некоторое свойство самой личности»². Тем самым она занимает центральное место среди других правовых категорий.

Г.Ф. Шершеневич, характеризуя право собственности, замечал, что оно вечно и потомственно, а также отличается свойством упругости — под давлением законных и договорных ограничений оно сжимается, но принимает снова прежнюю форму, как только устраняется препятствие. «Субъект всякого иного вещного права может делать с подчиненной его праву вещь то именно, что ему прямо разрешено, тогда как собственник может делать с принадлежащей ему вещь все, что ему прямо не запрещено» (Козак). Это свойство только и выражается в положении, что право собственности есть неограниченное господство над вещью³.

Большинство современных ученых — правоведов отмечают, что в связи со сменой приоритетов и ценностей, произошедшей в мире, наиболее развитые правовые системы наряду с обеспечением государственных и узкогрупповых интересов все активнее начинают играть роль инструментов осуществления широких демо-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Российская газета. 2010. 21 мая.

² Алексеев Н.Н. Собственность и социализм // Русская философия собственности. СПб., 1993. С. 354.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911 // СПС «КонсультантПлюс».

кратических преобразований, защиты общесоциальных потребностей. В государствах с развитой демократией именно интересы общества и каждого отдельного индивида поднимаются сегодня на щит, провозглашаются приоритетными направлениями политико-правового регулирования. Практически аксиомой стала идея о том, что основным исходным принципом философии правового государства и права должен стать императив о человеке как цели и государстве как средстве служения человеку¹.

Тем самым правовые цели выступают отражением интересов государства, с одной стороны, и интересов общества — с другой.

Статья 1 Конституции РФ объявляет человека, его права и свободы высшей ценностью, а их признание, соблюдение и защиту — обязанностью государства.

Необходимо различать цель (идеальный результат, который заложен законодателем в правовой норме) и результат (как фактическое состояние дел) осуществления (реализация) субъективного права. Целью осуществления субъективного гражданского права является полная реализация предоставленного лицу права, т.е. по мнению правоведов, это фактическое использование имеющегося у лица права и соответственно выполнение обязанности, которая корреспондирует данному праву².

Необходимым элементом процесса достижения юридических целей является формирование правовых отношений, где субъекты своими активными действиями воплощают в жизнь те права и обязанности, которые предоставляются им соответствующей нормой права в той или иной юридической ситуации, и таким образом реализуют соответствующие цели³.

Норма права является общим правилом поведения, поэтому она не может исчерпать всех возможных проявлений субъективного права⁴. Норма права сама по себе не действует. Заложенные в нормах объективного права возможности превращаются в реальные, конкретные возможности и притязания посредством юридических фактов, и прежде всего волевых действий субъектов, в результате чего и возникает субъективное право⁵.

По мнению Н.И. Матузова, объективное право не может быть реализовано иначе как через субъективное право, а последнее не может последовательно осуществляться, использоваться без опоры на позитивное. В этом диалектика их взаимосвязи, невозможность существования друг без друга, вне взаимной корреляции, ибо органическое единство двух подсистем⁶.

Субъективное право в земельных правоотношениях представляет собой «меру дозволенного (допустимого) поведения» управомоченного лица, поскольку в данных отношениях сочетаются публично-правовой и частноправовой метод регулирования. Как соотношение между потенциальной возможностью и действительностью

¹ См.: *Марусте Р.А.* Категория «цель» и «средство» в доктрине правового государства // *Философские проблемы объективного права*. Ярославль, 1990. С. 35.

² См.: *Общая теория советского права* / Под ред. С.Н. Братуся, И.С. Самошенко. М., 1966. С. 250.

³ См.: *Шундилов К.В.* Механизм правового регулирования: учеб. пособ. Саратов, 2001. С. 63.

⁴ См.: *Братусь С.Н.* О пределах осуществления гражданских прав // *Известия вузов. Правоведение*. 1967. № 3. С. 80–81.

⁵ См.: *Баринев Н.А.* Проблемы обеспечения субъективного права граждан на удовлетворение имущественных потребностей // *Проблемы обеспечения субъективных прав в современной России*. Волгоград, 2001. С. 71.

⁶ См.: *Матузов Н.И.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 432.

(«возможность реализующуюся»)¹. Данная направленность объясняется особенностями земельно-правового регулирования общественных отношений: юридическим неравенством участников регулируемых отношений, правонаделением, отсутствие самостоятельности, доминирование императивных правовых предписаний и др.

В последние годы обозначился интерес отечественных юристов к нормам о защите прав собственника по ст. 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права»².

Присоединение к Конвенции по правам человека означает и признание европейской правовой культуры, где одним из оснований является признание автономной личности высшей ценностью. Но атомизм как раз предполагает, что не может быть общего блага, не выражающего благополучия индивидов: «...в конечном счете, дело является благом лишь в той мере, в какой приносит удовлетворение индивидам»³.

На это обращал внимание почти 100 лет назад и выдающийся ученый-цивилист Г.Ф. Шершеневич, который писал, что осуществление власти должно происходить в порядке, установленном законами. Смысл этого постановления состоит не в том, что владение, пользование и распоряжение должны следовать предписаниям закона, который и не может задаваться целью указывать порядок пользования. Законодатель намечает только границы, в которых должно происходить осуществление права, устанавливает признак ограниченности права собственности. Ограничения эти устанавливаются по различным соображениям, в видах общественного интереса⁴.

По мнению Европейского суда, «любое вмешательство в собственность должно быть не только законным и иметь законную цель, но удовлетворять требованию пропорциональности»⁵. Как справедливо отметил Суд, должен быть установлен справедливый баланс между потребностями, вытекающими из общих интересов общества, и необходимостью защиты основных прав человека. Необходимость баланса не будет достигнуто, если заинтересованное лицо несет индивидуальное и чрезмерное бремя.

В последнее время правоприменительной практике судов известны конфликты одного частного лица с другим. Так, Европейский суд, рассматривая дело *James and Others* подробно анализирует соотношение публичного и частного интереса и делает вывод, что между ними нет существенной разницы. Кроме того, Судом подчеркивается, что принудительное изъятие собственности одним частным лицом у другого может быть допустимым в рамках ст. 1 Протокола № 1, если при этом выполняются цели социальной политики. При этом универсальность этих суждений не может не быть ограничена. В частности, допускается широкое политически обоснованное вмешательство в жилищную сферу.

Между тем К.И. Скловский решительно заявляет, что позитивный закон содержит механизмы, позволяющие в известных случаях парализовать силу субъектив-

¹ См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 44-45.

² Старженецкий В.В. Россия и Совет Европы: право собственности. М., 2004.

³ Тейлор Ч. Неразложимо социальные блага // Неприкосновенный запас. 2001. № 4. С. 8.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление ЕСПЧ по делу «Гладышева против России» от 6 декабря 2011 г.

ного права и решить спор исходя из общих начал, что характерно и для применения ст. 1 Протокола № 1¹. В ГК РФ имеется норма, позволяющая судам отказать в защите права, несмотря на всю законность заявляемого требования. Разрешается это в том случае, когда налицо злоупотребление правом.

На наш взгляд, только практика может наполнить положения конкретным содержанием. И прежде всего обращает на себя внимание гражданское дело, рассмотренное судебной коллегией Верховного Суда РФ по иску собственника земельного участка к лицу, оформившего право собственности на спорный земельный участок, администрации сельского поселения о признании недействительным свидетельства о государственной регистрации права собственности на земельный участок, предоставленный для ведения личного подсобного хозяйства. Суд второй инстанции, отказывая в удовлетворении исковых требований, руководствовался при принятии решения п. 1 и 3 ст. 10 ГК РФ (в соответствии с которыми не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах), указал на недобросовестное осуществление истцом своих прав, в частности на то, что он в течение 15 лет не пользовался земельным участком, не проводил его освоение, не совершал действий, свидетельствующих об использовании земли в соответствии с целевым назначением, не принял мер к сохранению незавершенного строительством объекта, что привело к его утрате, в то время как ответчик производил освоение земельного участка: выкосил многолетний травостой, установил забор, построил двухэтажный каркасный дом, установил металлический гараж.

Однако судебная коллегия, не согласившись с вынесенным решением, отметила, что в соответствии со ст. 35 Конституции РФ право частной собственности охраняется законом. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. В силу ст. 235 ГК РФ право собственности прекращается при отчуждении собственником своего имущества другим лицам, отказе собственника от права собственности, гибели или уничтожении имущества и при утрате права собственности на имущество в иных случаях, предусмотренных законом. Принудительное изъятие у собственника имущества не допускается, кроме случаев, предусмотренных законом. Перечень оснований прекращения права собственности, указанный в ст. 235 ГК РФ, является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит. И неиспользование истцом принадлежащего ему на праве собственности земельного участка не может рассматриваться как злоупотребление правом с его стороны и служить основанием для лишения права собственности на данный земельный участок или для какого-либо иного ограничения во владении, пользовании, распоряжении им.

С учетом того, что свидетельство о праве собственности на спорный земельный участок, выданное истцу, недействительным признано не было, создана правовая ситуация, при которой на один и тот же земельный участок у двух граждан — истца и ответчика — имеются соответствующие свидетельства о праве собственности².

На наш взгляд, такая аргументация суда объясняется установленным публичным правом порядка принудительного прекращения права собственности на земельный участок.

¹ См.: *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. М., 2010. С. 229.

² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 13 марта 2012 г. № 85-В11-7// СПС «КонсультантПлюс».

В теории экологического права и земельного права норму ч. 1 ст. 9 Конституции РФ рассматривают как право граждан и населения в целом на доступ к природным ресурсам. В ее основе — обеспечение доступности природных ресурсов для личного пользования (свободы доступа к ним) и обеспечение публичных интересов при организации их хозяйственного использования в условиях рыночной экономики.

Равный доступ не подразумевает автоматическую возможность любого лица получить природный объект в пользование, поскольку эколого-экономическая значимость и количественная ограниченность таких объектов предполагают регулирование условий их предоставления, которые преломляют изначальное формально-правовое равенство субъектов права применительно к особенностям природоресурсной сферы¹.

Право на доступ к природным ресурсам регулируется нормами гражданского и природоресурсного законодательства. Согласно п. 1 ст. 262 ГК РФ граждане имеют право свободно, без каких-либо разрешений находиться на не закрытых для общего доступа земельных участках, находящихся в государственной или муниципальной собственности, и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты в пределах, допускаемых законом и иными правовыми актами, а также собственником соответствующего земельного участка. Водным кодексом РФ предусмотрено, что каждый гражданин вправе иметь доступ к водным объектам общего пользования и бесплатно использовать их для личных и бытовых нужд (ст. 6). В ЗК РФ установлено, что граждане и юридические лица имеют право на равный доступ к приобретению земельных участков в собственность (ст. 15).

С учетом практики критериями допустимого вмешательства в частную собственность является выполнение требований законности, справедливости, осуществление действий во исполнение общественных интересов, соблюдения баланса частного и общего интересов. На наш взгляд, при отсутствии хотя бы одного условия вмешательство считается недопустимым.

Хотя на практике мы скорее обнаружим противоположный подход: при наличии явно выраженного публичного интереса в жертву приносится и законность, и баланс частного и публичного.

Так, под воздействием природных факторов берег реки стал размываться. Организация владела на праве собственности земельным участком, смежного с границей береговой полосы водного объекта (реки). В силу ст. 6 Водного кодекса РФ полоса земли вдоль береговой линии водного объекта общего пользования (береговая полоса) предназначается для общего пользования. Ширина береговой полосы водных объектов общего пользования составляет 20 метров. Ширина береговой полосы каналов, а также рек и ручьев, протяженность которых от истока до устья не более чем 10 км, составляет 5 метров.

Водным кодексом РФ установлено, что водные объекты находятся в собственности Российской Федерации и собственники водных объектов обязаны осуществлять меры по предотвращению затопления, подтопления, разрушения берегов водных объектов, заболачивания и другого негативного воздействия вод и по ликвидации их последствий (п. 2 ст. 67). Меры по предотвращению негативного воз-

¹ См.: *Васильева М.И.* Право граждан на доступ к природным ресурсам (общетеоретическое и межотраслевое обоснование) // Журнал российского права. 2012. № 3.

действия вод на определенные территории и объекты и ликвидации его последствий в отношении водных объектов, находящихся в федеральной собственности, собственности субъектов Российской Федерации, собственности муниципальных образований, осуществляются исполнительными органами государственной власти или органами местного самоуправления в пределах их полномочий.

Следует иметь в виду, что эти процессы могут быть не только стихийными, но и вызванными действиями человека по изменению водного режима водных объектов. Важное значение приобретает защита берегов от разрушения. Защита от размыва участка берега не должна усиливать размывов в других местах. По этой причине закон не поощряет самовольных действий на водных объектах и в их непосредственном окружении, даже если они направлены на защиту имущества от вредного воздействия вод.

В рассматриваемой ситуации размывание берега приводит к уменьшению границ береговой полосы, что в конечном итоге может повлечь за собой уменьшение размера участка, принадлежащего на праве собственности организации.

Учитывая, что имущество (земельный участок) по не зависящим от организации причинам убывает, на наш взгляд, в сложившейся ситуации необходимо пресечь вмешательство государства в частную собственность, несмотря на формальную законность такого вмешательства, только по мотиву нарушения баланса публичного и частного интереса.

Таким образом, осуществление и защита права собственности на земельные участки должны служить целям социальной политики. При этом критерием должна являться рациональность, выходящая за буквальное содержание нормы права. По этому поводу Г.Ф. Шершеневич замечал: «наш законодатель определяет право собственности», хотя «такие определения бесполезны в законодательстве»¹.

Т.П. Подшивалов,

доцент кафедры гражданского права и процесса,
Южно-Уральский государственный университет
(национальный исследовательский университет),
начальник юридического отдела ООО «ГрандСтрой»

Идея о значении правомочия пользования в трудах Г.Ф. Шершеневича

Г.Ф. Шершеневич немалую часть своих научных работ посвятил исследованию вещных прав. При этом, стремясь дать определение вещного права и права собственности, он пришел к интересной идее о том, что правомочие пользования, как составная часть субъективного вещного права, имеет принципиальное значение — именно наличие правомочия пользования объединяет, является общим свойством всех вещных прав. Как справедливо указал Г.Ф. Шершеневич, «лицо только потому имеет субъективное право собственности на данную вещь, что всем другим за-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 16.

прещено объективным правом препятствовать пользованию собственника». Далее ученый, пытаясь ответить на вопрос, какое из правомочий имеет решающее значение, писал следующее: «Пользование вещью составляет цель права собственности...» Однако, несмотря на указание принципиального значения рассматриваемого правомочия, в большинстве своем внимание в научной литературе уделяется только правомочиям владения и распоряжения.

Поэтому стоит более внимательно рассмотреть характеристику правомочия пользования в составе субъективного права.

Во-первых, пользование связано с извлечением полезных свойств вещи для удовлетворения потребностей и приобретение плодов и дохода. На эту основную характеристику рассматриваемого правомочия указывает Г.Ф. Шершеневич: «Пользование состоит в извлечении из вещи тех выгод, которыми определяется ее экономическое значение». Значение этого правомочия объясняется тем, что правомочие пользования заключается в возможности извлекать и использовать по своему усмотрению полезные свойства вещи. При этом реализация правомочия пользования ограничена сущностью используемой вещи, т.е. пользование должно осуществляться в соответствии с целевым назначением используемой вещи. Извлечение полезных свойств и обеспечивает удовлетворение интереса собственника, которым было обусловлено приобретение вещи.

Во-вторых, правомочие пользования самостоятельно и непроизводно от других правомочий.

В-третьих, правомочие пользования является передаваемым без утраты самого вещного права. При этом передача может быть осуществлена на основании договора, связанного с передачей вещи во временное пользование (договор аренды, договор найма жилого помещения, ссуды) или путем предоставления ограниченного вещного права, в содержание которого входит правомочие пользования. Г.Ф. Шершеневич указывал, что «пользование вещью составляет цель права собственности, но собственник, несомненно, может, не подрывая своего права, предоставить, возмездно или даром, пользование другому лицу».

В-четвертых, рассматриваемое правомочие характеризует универсальность. Специфика правомочия пользования проявляется в том, что оно входит в содержание любого ограниченного вещного права. Другие правомочия лишены этой особенности. Например, сервитут не предоставляет возможностей к владению служащей вещью. А большинство ограниченных вещных прав лишены правомочия распоряжения, что и обеспечивает их основное отличие от права собственности. Следовательно, наличие правомочия пользования является признаком любого вещного права.

В-пятых, фактический характер осуществления правомочия пользования. Пользование всегда осуществляется фактическими действиями, а не юридическими. В отличие от этого правомочия осуществление правомочия распоряжения возможно как фактическими действиями (отказ от права в рамках п. 2 ст. 9 и ст. 236 ГК РФ), так и юридическими, путем совершения сделки. Что касается правомочия владения, то в литературе высказано мнение, что владение недвижимостью может осуществляться юридически, т.е. регистрационной записью в ЕГРП. Предложено выделить категорию юридического владения недвижимым имуществом, которое сохраняется, даже когда собственник реально не обладает таким имуществом. Возможность юридического владения недвижимым имуществом предусмотрена,

в отличие от России, в ряде западноевропейских стран. Германское гражданское уложение допускает так называемое «книжное владение», т.е. владение, основанное на записи о праве собственности в поземельной книге. С мнением о существовании юридического владения трудно согласиться, поскольку между владением и регистрационной записью отсутствует тождество, а исходить надо из понимания владения как фактического господства над вещью, фактического обладания ею. Так, в Проекте изменений ГК РФ, разработанном на основании Концепции развития гражданского законодательства РФ, владение определено как фактическое господство лица над объектом владения; владение сохраняется до тех пор, пока владелец имеет свободный доступ к объекту владения (п. 1 ст. 209).

В-шестых, в рамках действующего законодательства пользование вещью не влечет самостоятельных правовых последствий, а факт использования вещи не может повлечь изменение правоотношения. В противовес этому владение может иметь такие последствия. Например, длительное, открытое, непрерывное и добросовестное владение чужой вещью может повлечь возникновение права собственности по приобретательной давности (ст. 234 ГК РФ), а добросовестное владение вкупе с возмездным приобретением вещи у неуправомоченного приобретателя влечет отказ в удовлетворении виндикационного иска и приобретении права собственности (ст. 302 ГК РФ).

Стоит отметить, что зарубежному правопорядку известно такое основание приобретения сервитута, как давностное пользование: ст. 537–539 ГК Испании, ст. 433 ГК Республики Молдова. А ст. 690 ГК Франции устанавливает, что сервитуты непрерывные и явные приобретаются в силу сделки или в силу 30-летнего пользования.

Данная конструкция приобретения сервитута была известна римскому частному праву и раннему законодательству Российской империи, но не предусмотрена действующим российским законодательством.

Логичным видится введение в законодательство возможности установления сервитута по давности пользования, что позволит закрепить существующий длительное время неформальный порядок открытого и непрерывного пользования чужой вещью, когда на протяжении определенного времени собственник не возражал против использования своей вещи третьим лицом. Можно предложить следующую формулировку закона (дополнить ст. 274 ГК РФ п. 6): «Лицо, не имеющее право ограниченного пользования недвижимой вещью, но открыто и непрерывно пользующееся ею с намерением осуществлять сервитут как собственное право в течение пятнадцати лет, приобретает право ограниченного пользования на эту вещь».

В-седьмых, правомочие пользование в составе субъективного права может быть нарушено фактическими действиями. Исходя из того, что пользование всегда осуществляется фактически, то и нарушение правомочия пользования возможно только путем создания фактических помех в нормальном пользовании своей вещью, а не юридических. Здесь стоит отметить, что правомочие пользования не может быть оспорено. Дело в том, что в соответствии со ст. 11 ГК РФ гражданские права подлежат защите как от нарушений, так и от оспаривания. Оспаривание всегда связано с созданием юридических препятствий к осуществлению права, а юридические помехи могут быть созданы только правоприменительными действиями государственных органов и их должностных лиц. Оспаривание зачастую связано с непризнанием за собственником самого права на вещь.

Оспаривание характеризует состояние неопределенности относительно содержания и(или) существования права, которое и устраняется путем предъявления иска о признании права. Под оспариванием права А.В. Люшня понимает создание юридических препятствий собственнику в осуществлении его права. Нарушение права создает помехи фактического характера, например, незаконное завладение чужой вещью, возведение забора, затрудняющего проход (проезд) к зданию собственника.

Интересно мнение А.Б. Бабаева, который указывает, что нарушить правомочие распоряжения вообще невозможно, ведь нарушить можно только право на владение (лишить владения) или право пользования (воспрепятствовав его осуществлению). В целом соглашаясь с таким делением, следует возразить, что правомочие распоряжения не может быть нарушено, но может быть оспорено.

Еще один вопрос с нарушением возможности пользоваться вещью связан с делением вещей на движимые и недвижимые. Дело в том, что затруднить пользование движимой вещью практически нельзя. Мобильность такой категории вещей допускает возможность изменить обстоятельства (внешние условия) их использования. При эксплуатации недвижимой вещи все происходит наоборот. Если третье лицо чинит препятствия в пользовании недвижимостью, то собственник не может переместить свою вещь для того, чтобы оградиться от нарушений.

В защите от помех в пользовании движимое имущество просто не нуждается в силу своей мобильности. Перемещение хотя и движимой, но габаритной вещи – вопрос сугубо технический и не влияет на правовую квалификацию. При создании помех в пользовании движимой вещью целесообразно использовать меры оперативной защиты, самозащиту права. Данные меры будут более эффективными и позволят своевременно устранить негативное воздействие на движимую вещь.

М.Н. Рахвалова,

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой гражданского права и процесса,
Новосибирский государственный технический университет

Пользовладение в российском гражданском праве: воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность

Согласно действующему законодательству правом пользования жилым помещением, принадлежащим собственнику, наделены четыре категории граждан:

а) рентополучатели на основании договора пожизненного содержания с иждивением (ст. 602 ГК РФ, ст. 34 ЖК РФ, которая является рамочной и по-прежнему не раскрывает содержания права пользования жилым помещением)¹;

б) отказополучатели, право пользования которых возникает в силу завещательного отказа (ст. 33 ЖК РФ, содержание которой также не дает полного представления о правах и обязанностях пользователя)²;

¹ См.: *Рахвалова М.Н.* Отказополучатели и получатели ренты как субъекты жилищных отношений: монография. Новосибирск, 2009. С. 164–167.

² См. там же. С. 83–90.

- в) члены семьи собственника жилого помещения;
- г) бывшие члены семьи собственника жилого помещения.

Право пользования жилым помещением собственника, которым наделяются рентополучатели и отказополучатели, по мнению многих исследователей, с которым нет оснований не соглашаться, отнесено к вещным правам.

Бывшие члены семьи собственника помещения по общему правилу данное право не сохраняют и обязаны жилое помещение освободить, в противном случае они подлежат выселению в судебном порядке без предоставления другого жилого помещения (ст. 31 ЖК РФ). С момента прекращения членства в семье они вправе пользоваться жилым помещением либо на основании соглашения с собственником помещения, либо это право «может быть сохранено» на основании решения суда. Представляется, что данное право не может быть отнесено к категории вещных.

Основанием возникновения права пользования жилым помещением собственника у члена его семьи является состояние в супружеских отношениях, родство, состояние на иждивении и т.д. (ст. 31 ЖК РФ).

Подход к определению правовой природы права, возникающего у члена семьи собственника жилого помещения, на пользование этим помещением неоднозначен, законодатель также на протяжении короткого периода времени неоднократно менял свою позицию (ст. 292 ГК РФ в первоначальной и в действующей редакциях, ст. 31 ЖК РФ). Не вызывает сомнений лишь то, что сегодня оно не может быть отнесено к вещным правам.

Неоднократно в литературе обращалось внимание и на утверждение законодателя, что перечисленные категории пользователей имеют право пользования жилым помещением наравне с его собственником (правда, члены семьи и бывшие члены семьи собственника жилого помещения вправе иное оговорить в соглашении, а иные условия пользования рентополучателя могут быть указаны в договоре пожизненного содержания с иждивением). Очевидно, что о полном равенстве говорить некорректно. Для уточнения правового положения лиц, имеющих право пользования жилым помещением собственника, цивилисты часто обращаются к исследованию правовой природы прав этих граждан. Так, при исследовании институтов ренты и завещательного отказа многие исследователи указывали, что у этих пользователей фактически возникает лишь право проживания¹, которое было известно как римскому праву, так и дореволюционному российскому гражданскому праву.

В трудах Г.Ф. Шершеневича данное право именуется пользованием, рассматривается как один из видов личных сервитутов. «Пользование есть обусловленное сроком или продолжительностью жизни вещное право определенного лица пользоваться чужой вещью и извлекать плоды без изменения ее существа»². В Проекте изменений в ГК РФ также предлагается ввести институт личного пользования. Казалось бы, данный институт давно известен российскому гражданскому праву и его присутствие в современном гражданском праве оправданно и обоснованно, основания его возникновения и прекращения, его содержание исследованы. Кроме того, указание в п. 4 ст. 302¹ Проекта, подготовленного ко второму чтению, на то, что «правила настоящей главы применяются к отношениям, связанным с личным

¹ См., например: *Формакидов Д.А.* История становления и развития законодательства о вещном праве проживания: учеб. пособие. Пермь, 2005. С. 79.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 232.

пользованием жилыми помещениями, с особенностями, установленными жилищным законодательством» (выделено мной. — М.Р.), снимает все вопросы. Так ли это?

1. Основания возникновения права личного пользования. Согласно Проекту оно может быть установлено на основании соглашения с собственником либо приобретено в порядке наследования на основании завещания (ст. 302² Проекта).

Нормы о пользовании содержались в Своде законов гражданских. Разъясняя действующие положения, Г.Ф. Шершеневич указывал, что пользование могло быть установлено в силу договора (ст. 514), духовного завещания (ст. 533-1, 1011) или закона (ст. 1141, согласно которой родители не могли наследовать после детей, за исключением случаев, когда дети бездетные, тогда им имущество передается в пожизненное владение, 156-6). Как вид сервитута Г.Ф. Шершеневич рассматривал право пожизненного жительство в доме. «Например, продается дом с тем, чтобы за продавцом сохранено было право жить во флигеле до конца жизни; в имении, которое завещано одному лицу, наследователь предоставил в завещании бывшему управляющему право пожизненного жительство на риге»¹, т.е. фактически упоминается право рентополучателя и отказополучателя.

Однако и в тот период, и в настоящее время различаются понятия «наследование» и «завещание». Как известно, наследование рассматривается как переход прав и обязанностей от наследодателя к наследникам в силу универсального правопреемства. К наследнику переходят лишь те права и обязанности, которые наследодателю принадлежали, причем переходят как единое целое, со всеми лежащими на них обременениями. При завещательном отказе возникает новое правоотношение, которое законодатель квалифицировал как обязательственное с самостоятельным кругом субъектов, в который входят наследник и отказополучатель. Право на завещательный отказ «есть новое право»², оно «не входит в состав наследственной массы»³. Исполнение этого обязательства, в том числе и предоставление отказополучателю жилого помещения в пользование, производится не в рамках наследственного правоотношения, однако особенностью обязательства из завещательного отказа является то, что оно не может существовать самостоятельно, как какой-нибудь один из известных типов обязательств, ему предшествует наследственное правоотношение. Таким образом, не понятно, о ком из пользователей жилых помещений идет речь в ст. 302³ Проекта, но не об отказополучателе, который в Проекте не упоминается вообще.

2. Относя данное право к личным usufructum, Г.Ф. Шершеневич обосновывал его вещный характер. Это право является вещным и в силу указания в ст. 223 Проекта изменений в ГК РФ производным, по общему правилу срочным (на период срока действия договора, соглашения с собственником, период жизни отказополучателя или срока, на который установлен завещательный отказ, период существования семейных отношений), оно может быть как возмездным (рентополучатель), так и безвозмездным.

Как было показано выше, это правило не может применяться ко всем известным сегодня категориям граждан, имеющим право пользования жилым помеще-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 236.

² Черепяхин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. М., 1962. С. 6—8.

³ Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 699.

нием собственника, в частности, к бывшим членам семьи собственника, отношения которых с собственником сохраняют обязательственный характер.

3. Как уже отмечалось, в ст. 31, 33, 34 ЖК РФ содержится некорректное утверждение, согласно которому члены семьи собственника, отказополучатели и рентополучатели наделены равным с собственником правом пользования жилым помещением. Вместе с тем, как верно указывал Г.Ф. Шершеневич, «сервитут дает своему субъекту право пользования чужой вещью, которое имеет различный объем. Оно весьма обширно в пользовании, оно весьма незначительно вправе примкнуть плотину к чужому берегу. Но каков бы ни был объем пользования, предоставляемого субъекту сервитутного права, во всяком случае, он меньше объема прав собственника. Сервитут есть право на частичное пользование вещью, пользование ею в том или ином строго определенном отношении. Пользование чужой вещью предполагается согласным с тем назначением, которое имеет вещь при установлении сервитута»¹.

О.М. Родионова,

к. социол. н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Мордовский государственный национальный исследовательский
университет им. Н.П. Огарева

Соглашения об установлении сервитута как гражданско-правовые акты, направленные на определение порядка осуществления гражданских прав

В русском законодательстве
существует прекрасный термин —
«право участия частного», который ...
мог бы заменить
иностранное выражение «сервитут».
Г.Ф. Шершеневич

Установление сервитута волей собственника еще у римских юристов вызывало споры относительно того, какие отношения (вещные или обязательственные) в результате этого возникают². Спор был предопределен тем, что свое волеизъявление относительно сервитута собственник оформлял пактом или стипуляцией³. Оба этих юридических акта чаще всего влекли возникновение именно обязательств. Однако сервитут обладал и обладает ярко выраженными чертами вещных прав, что позволяет предположить промежуточный характер соглашения, посредством которого

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 227.

² См.: Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: казусы, иски, институты: пер. с исп. / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М., 2005. С. 398.

³ См. там же.

он устанавливается. Дискуссия эта сохраняет актуальность до сегодняшнего дня¹, хотя пандектистами предложен вариант ее решения.

В германской цивилистике проблема решена за счет введения категории вещного договора². Однако представляется, что это возможно и без создания категорий, которые стоят особняком от разработанной цивилистической догмы.

Думается, резервы гражданско-правовой квалификации волеизъявления собственника относительно сервитута скрыты в недостаточно разработанных категориях «осуществление субъективных гражданских прав» и «юридические акты».

Под осуществлением субъективных гражданских прав логично понимать действия, которые относятся к таким юридическим фактам, как юридические поступки, поскольку их направленность не имеет юридического характера, они предполагаются в ряду правомочий субъективного гражданского права. Иными словами, осуществление субъективных гражданских прав в целом — сфера свободы, ограниченная лишь принципами и пределами. Однако в ряде случаев, например, таких как осуществление своих прав в рамках различных сообществ управомоченных лиц (участников юридического лица, собственников, кредиторов одного должника, соавторов и т.п.), все же необходимо определение его порядка. Последний устанавливается волей управомоченных лиц, которые, принимая совместно общее решение, руководствуются им при осуществлении в дальнейшем своих субъективных гражданских прав.

Представляется, что юридические акты в гражданском праве представляют собой внешне оформленные (в документе или действии) результаты деятельности по реализации процедурных дозволительных диспозитивных норм гражданского права, направленной на уточнение правового положения участников гражданского оборота, возникновение, изменение, прекращение субъективных гражданских прав и обязанностей, а также установление порядка их осуществления исполнения. Они относятся к юридическим фактам, регулятивная сила которых связана с их волевым юридически значимым характером. О.А. Красавчиков отмечал, что по отраслевой принадлежности соответствующих юридических актов можно, в частности, выделить административно-правовые акты, судебные акты, гражданско-правовые акты, семейно-правовые акты и т.д.³

Анализ различных юридических актов гражданско-правового характера позволяет сделать вывод о том, что они не сводятся лишь к сделкам и договорам. Основываясь на различиях юридических последствий, можно выделить следующие виды гражданско-правовых актов: 1) направленные на определение правового положения субъекта гражданского права; 2) сделки, направленные на возникновение, изменение гражданских прав и обязанностей; 3) направленные на определение порядка осуществления субъективных гражданских прав и исполнения субъективных гражданских обязанностей. Это деление одновременно очерчивает сферы деятельности субъектов гражданского права, на которые воздействуют частно-автономные положения, содержащиеся в юридических актах.

¹ См., например: *Ананьев А.Г.* Сервитутное правоотношение: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2005; *Моныхов Д.А.* Сервитуты и их судебная защита: дис. ... к.ю.н. СПб., 2010; *Солодова Я.С.* Обязательства из договора об установлении сервитута: дис. ... к.ю.н. Тюмень, 2010 и др.

² См.: *Василевская Л.Ю.* Вещные сделки по германскому праву (методология гражданско-правового регулирования): дис. ... д.ю.н. М., 2004. С. 356.

³ См.: *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 116.

В качестве наиболее яркого примера юридического акта, определяющего порядок осуществления субъективных гражданских прав, выступает решение собрания¹. Соглашение о сервитуте вполне может быть отнесено к такого рода актам, поскольку оно оформляет, как верно отмечал Г.Ф. Шершеневич, право участия частного², иными словами, участия в осуществлении вещных прав на чужую вещь³.

Юридические акты, определяющие порядок осуществления субъективных гражданских прав, имеют внутренний характер в том смысле, что направлены на упорядочение уже возникших субъективных гражданских прав. Особенно это актуально для вещных прав, поскольку их правомочия устанавливаются законом. Поэтому в ряде случаев законодатель предоставляет их субъектам возможность уточнить их содержание, заключая так называемые соглашения. При этом было бы нелогично считать, что такие уточненные правомочия следует квалифицировать как обязательственные, а не вещные. Это маловероятно, прежде всего потому, что с момента заключения таких соглашений уточняемые в нем права не возникают заново, не изменяются и тем более не прекращаются.

Такая ситуация характерна, например, для гражданско-правовых актов, называемых в законе соглашением сособственников (п. 1 ст. 246, п. 1 ст. 247, п. 1 ст. 252, п. 2 ст. 253 ГК РФ и др.). Эти акты совершаются исключительно в рамках осуществления субъективного права собственности. Воля, содержащаяся в них, направлена на индивидуализацию предмета права общей собственности, т.е. вещи. В этом смысле ее нужно отличать от воли сделочной, направленной на возникновение, изменение, прекращение именно гражданских прав. Таким образом, юридические акты, определяющие порядок осуществления субъективных гражданских прав, не относятся к сделкам, в том числе и договорам. Они образуют самостоятельный вид гражданско-правовых актов.

Гражданско-правовые акты, определяющие порядок осуществления субъективных гражданских прав, будучи юридическими фактами, могут выступать также в качестве элементов юридических составов, при наступлении которых возможно возникновение, изменение, прекращение субъективных гражданских прав. Это возможно в том числе и в случае заключения соглашения о сервитуте.

Сервитутное соглашение, как и соглашение сособственников, достигается по поводу вещи, однако причина его появления состоит в том, что без нее другая вещь не может быть использована ее собственником полностью. Иными словами, оно устанавливается между двумя собственниками, а не сособственниками, что

¹ В Проекте федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред., принятой ГД ФС РФ в I чтении 27 апреля 2012 г.) предусмотрено введение гл. 91 «Решения собраний» (Российская газета. 2012. 8 мая).

² См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 300.

³ Такой вывод можно сделать на основании ст. 287 Устава сельскохозяйственного, на который ссылается Г.Ф. Шершеневич, приводя пример удачного использования термина «право участия частного», представляющего собой, с его точки зрения, наиболее удачный русскоязычный вариант иностранного выражения «сервитут». В указанной статье закреплено, что права владельца на воды, когда они выходят за пределы одного владения, ограничиваются правом участия других владельцев в пользовании водою для орошения земель и для других целей... (Свод законов Российской империи. Т. XII. Ч. 2 // Классика российского права: <http://civil.consultant.ru/reprint/books/244/340.html>).

и предопределяет значение этого соглашения не только для осуществления права собственности одного лица, но и для возникновения ограниченного вещного права у другого.

Соглашение об установлении сервитута не может быть квалифицировано в качестве обязательственного договора и не порождает, соответственно, обязательственного отношения, поскольку его положениями нельзя изменить сущность сервитутного права, его правомочия, а лишь уточнить его предмет и субъектов. Кроме того, в отличие от договора, содержание которого свободно определяется сторонами, в соглашении о сервитуте нельзя просто так, без необходимости полного использования вещи, существующей у одного лица, ограничить пределы осуществления права собственности другого. В качестве еще одного доказательства необязательственной природы соглашения об установлении сервитута состоит в том, что к установлению сервитута лицо может быть понуждено и эта возможность не носит характера исключения из принципа свободы договора, как в случае с обязательными договорами (ст. 445 ГК РФ).

Квалификация соглашений о сервитуте или соглашений сособственников в качестве актов, направленных на достижение гражданско-правовых последствий, но не относящихся к сделкам, в том числе и договорам, означает, что требования к ним необходимо различать. Установление, условия действительности и основания недействительности юридических актов, направленных на определение порядка осуществления гражданских прав должны обуславливаться их значением для регулирования соответствующих общественных отношений. Например, форма соглашения об установлении сервитута, исходя из требования его государственной регистрации, может быть только письменной (п. 3 ст. 274 ГК РФ).

Ф.П. Румянцев,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой гражданского права и процесса,

Нижегородский институт управления — филиал Российской академии
народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

О современной конвергенции гражданского и земельного законодательства при регулировании отношений в сфере оборота земель сельскохозяйственного назначения

Решение вопроса о границах взаимодействия публичного права с частным имеет большое практическое и теоретическое значение, особенно с учетом того, что гражданское право является по своей природе частным, а земельное традиционно рассматривалось как отрасль публичного права. Конечно, пограничная линия между частным и публичным правом условна, и на каждом историческом этапе развития общества происходит изменение в особенностях правового регулирования тех или иных общественных отношений. Об особом положении земельных участков среди

оборота других вещей высказались в свое время Г.Ф. Шершеневич, К.П. Победоносцев и другие известные дореволюционные цивилисты¹.

Эта проблема всегда была и остается актуальной для регулирования земельных отношений. Но особую остроту она приобрела в связи с опубликованием проекта Концепции развития законодательства о вещном праве как составной части единой Концепции развития гражданского законодательства РФ, разработанной в соответствии с Указом Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации». Отражая «атаку» цивилистов, ведущие представители науки земельного права высказывают аргументированные суждения о необоснованности целого ряда положений Концепции.

В связи с этим представляется правильным предложение С.А. Боголюбова законодателям «не уходить от выверенной и оправдавшей себя в теории и на практике формулы ч. 3 ст. 129 ГК РФ (почерпнутой из западноевропейского законодательства), согласно которой земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах»².

Мы полностью присоединяемся к мнению о том, что «попытки бесконечного расширения, превышения поля действия норм гражданского законодательства в отношении природных ресурсов, нуждающихся в повышенной публичной защите, не представляется перспективным. К модернизации любого важнейшего закона надо приступать взвешенно и осторожно и только в том случае, если действующие законодательные требования и механизмы их реализации полностью себя исчерпали и вошли в безвыходное противоречие с другими требованиями»³.

Пытаясь аргументировать «расщепление» существующих земельных отношений на «гражданские» и «земельные», авторы Концепции предложили включить в ГК РФ целую главу ЗК РФ (гл. I¹), посвященную вопросам, не имеющим никакого отношения к гражданскому праву в его общепринятом понимании⁴.

Следует отметить, что в опубликованном Проекте внесения изменений в ГК РФ, разработанном в соответствии с названной Концепцией, не содержится никаких отсылок к специальному законодательству, в частности, к Федеральному закону «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», хотя и сам законопроект не учитывает особенностей осуществления права общей собственности на сельскохозяйственные угодья.

Подобную позицию занимает и М.И. Васильева, по мнению которой от того, что имущественные земельные отношения регулируются ГК РФ и действительно имеют гражданско-правовую природу, они не утрачивают земельно-правовой характер⁵.

¹ См.: Боголюбов С.А. Земельное законодательство и концепция развития гражданского законодательства // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 92.

² Там же.

³ Там же. С. 93, 96.

⁴ См.: Анисимов А.П., Пандаков К.Г., Черноморец А.Е. Соотношение земельного и гражданского права: вопросы теории // Бюллетень нотариальной практики. 2009. № 5. С. 51.

⁵ См.: Васильева М.И. Земельные и природно-ресурсные отношения в Концепции развития законодательства о вещном праве // Экологическое право. 2009. № 5/6. С. 15.

Ранее такую точку зрения высказывала И.А. Иконицкая, которая призывала к компромиссному решению споров о соотношении гражданского и земельного права: «Не нужно говорить о примате какой-то отрасли над другой. Земельные отношения настолько сложные, что ниша для их регулирования может иметь место как в гражданском законодательстве, так и в земельном»¹.

Проблема соотношения гражданского и земельного законодательства имеет и еще один аспект. В случае реализации Концепции развития гражданского законодательства правовое регулирование оборота земель сельскохозяйственного назначения претерпит существенные изменения, так как субъекты Российской Федерации утратят право принимать собственные нормативные акты по поводу отношений, которые носят гражданско-правовой характер. Таким образом, учет региональных особенностей оборота земель сельскохозяйственного назначения будет затруднен.

Мы разделяем сложившееся среди представителей науки земельного права мнение о том, что оборот земельных участков в силу специфики их происхождения, социальной значимости и незаменимости земли должен регулироваться именно специальным отраслевым (земельным) законодательством, не входящим в противоречие с положениями ГК РФ, тем более что «механический перенос положений федеральных законов о земле в ГК РФ вряд ли приведет к непосредственному повышению его эффективности»².

Как уже отмечалось, в разработанном в соответствии с Концепцией проекте Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ не произошло даже «механического переноса» в ГК РФ норм земельного законодательства об общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения. Таким образом, особенности этих отношений, ради учета которых и принимался специальный закон об обороте, никак не принимаются во внимание. Это может привести к тому, что в случае принятия данного законопроекта отношения в сфере оборота земель сельскохозяйственного назначения будут парализованы, чего ни в коем случае нельзя допустить.

Вместе с тем следует согласиться с мнениями ряда ученых о том, что применение норм земельного законодательства «не должно привести к нарушению единообразия в применении общих норм, регламентирующих имущественные отношения, даже если объектом таких отношений является земля. Такой подход создает опасность недооценки и игнорирования разработанных гражданским правом и закрепленных в ГК РФ механизмов и способов защиты права собственности (в том числе и на землю), а также гарантий прав участников земельного оборота»³. Между тем земельное законодательство в ряде случаев вступает в противоречие с общими нормами и принципами гражданского законодательства, когда для этого нет никаких объективных оснований.

¹ Иконицкая И.А. Земельный кодекс РФ: проблемы теории и практики (материалы конференции) // Государство и право. 2002. № 9. С. 78.

² Голиченков А.К., Волков Г.А. Земля, другие природные ресурсы и развитие законодательства о вещном праве // Экологическое право. 2009. № 5/6. С. 68.

³ Хасанов Д.Г. Вопросы согласования гражданского и земельного законодательства в регулировании имущественных земельных отношений // Земельное законодательство и практика его применения на современном этапе: сб. статей науч.-практ. конференции / сост. С.А. Боголюбов, И.И. Широкоград. М., 2004. С. 118.

Т.П. Строгонова,
ст. преподаватель кафедры гражданского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Изменения в правовом положении членов семьи собственника жилого помещения

Извечный жилищный вопрос и проблемы его разрешения породили многочисленные споры относительно правового положения членов семьи собственника. За последние несколько лет это был один из самых обсуждаемых вопросов в дискуссионных кругах цивилистов и один из самых сложных вопросов в правоприменительной деятельности. Следует согласиться с авторами Концепции развития гражданского законодательства РФ, охарактеризовавшими право членов семьи собственника, как право с неясной правовой природой. За столь длительный период существования данной категории лиц законодателем делались многочисленные попытки по перетягиванию «одеяла» как в сторону собственника, так и в сторону членов его семьи.

Очередная попытка законодателя найти определенный баланс между жилищными правами собственника и членами его семьи предпринята при разработке изменений в ГК РФ.

Проект федерального закона о внесении изменений в ГК РФ (далее — законопроект) вносит существенные новеллы в правовом положении членов семьи собственника. Остановимся на некоторых из них, наиболее интересных с точки зрения теории и практики.

1. В п. 1 ст. 298³ законопроекта закрепляется, что члены семьи собственника, проживающие в принадлежащем ему жилом помещении, имеют право пользоваться этим помещением на праве социального пользования (ст. 302⁷). Таким образом, законодатель разрешает основную проблему, породившую многочисленные дискуссии — проблему правовой природы прав членов семьи собственника жилого помещения.

Во-первых, права членов семьи собственника будут регулироваться по правилам социального пользования, которое является разновидностью вещного права личного пользования (узуфрукта).

Во-вторых, исчезновение из законопроекта нормы, закрепляющей прекращение права пользования членами семьи собственника при отчуждении жилого помещения другому собственнику, окончательно поставило точку в споре о вещной природе прав членов семьи собственника.

2. Сложно проследить логику авторов законопроекта в регулировании вопроса об основаниях возникновения у членов семьи собственника жилого помещения вещного права социального пользования. По смыслу п. 1 ст. 298³ законопроекта таким основанием будет являться отнесение лиц, проживающих в жилом помещении собственника, к членам семьи собственника в соответствии с жилищным законодательством. Однако если руководствоваться в целом § 2 гл. 20³ законопроекта, то для установления социального узуфрукта необходимо одновременное наличие следующих фактов: семейные отношения, наличие обязанностей собственника по со-

держанию этих лиц, совместное проживание с собственником жилого помещения, отсутствие в собственности этих лиц или на ином праве иных жилых помещений. Основанием возникновения социального узупруга у членов семьи собственника в этом случае будет являться судебное решение или волеизъявление собственника.

3. Действующее жилищное законодательство относит к членам семьи собственника: а) проживающих совместно с собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруга, детей и родителей собственника. Это так называемая бесспорная категория, не требующая установления факта ведения общего хозяйства; б) других родственников, нетрудоспособных иждивенцев, а в исключительных случаях иных граждан, если они вселены собственником в качестве членов семьи. Для отнесения этих лиц к членам семьи требуется выяснение волеизъявления собственника на вселение их в жилое помещение. Объективно такое волеизъявление устанавливается в том числе и путем выяснения факта ведения общего хозяйства, оказания взаимной материальной и иной поддержки и т.п. В свете новых изменений возникает вопрос: в случае спора относительно того, является лицо членом семьи собственника или нет, требуется ли дополнительно устанавливать вещное право социального пользования или же достаточно факта признания членом семьи собственника?

4. При анализе законопроекта остается не совсем ясным, распространяется ли на членов семьи собственника ст. 302⁸ законопроекта, которая закрепляет сроки установления социального пользования? На какой срок устанавливается вещное право социального пользования для лиц, которые не перечислены в п. 2 и 3 ст. 302⁶ (для членов семьи собственника, которые не могут требовать уплаты алиментов и не находятся на иждивении у собственника)?

5. Как было уже указано выше, с принятием законопроекта будет положен конец многочисленным спорам о квалификации правового положения членов семьи собственника, причиной которых явилась норма, отменяющая «право следования» при продаже жилого помещения. Она также вызвала большой общественный резонанс, так как с введением этой нормы большое количество граждан осталось выселенными на улицу. Законопроект устанавливает в ст. 302⁷, что если лицо приобрело жилое помещение в собственность, а в нем проживают лица на правах социального пользования, то новый собственник лишается права пользования этим жилым помещением.

Хотелось бы обратить внимание на важную оговорку — право социального пользования должно быть зарегистрировано в установленном порядке. Отсюда возникает вопрос о необходимости государственной регистрации вещного права социального пользования членами семьи собственника. Если такая регистрация необходима, то каждый член семьи собственника должен зарегистрировать свое право, заключив соглашение с собственником. Сразу представляется масштаб проблем, связанных с государственной регистрацией. Если же такая регистрация не требуется, как будет доказываться факт установления социального пользования у лиц, проживающих в жилом помещении, при продаже этого объекта другому собственнику?

Перетягивание «одеяла» в сторону лиц, проживающих с собственником, конечно же устранил одну социальную проблему, но неизбежно породит другую: из гражданского оборота будет исключено большое количество жилья.

Институт вещного права пользования в той мере, в которой он представлен в законопроекте, несомненно, является новым и необходимым для нашей правовой системы, но недостаточно разработанным, поэтому слова великого цивилиста Г.Ф. Шершеневича, сказанные в отношении пользования (узуфрукта), что «в русском праве отдел этот чрезвычайно беден», остаются актуальными и в настоящее время.

В заключение хочется выразить надежду на то, что реформа гражданского законодательства пройдет в тесном взаимодействии с реформой жилищного, иначе проблемы в правоприменении неизбежны.

С.И. Трошкин,

аспирант кафедры гражданского права и процесса,
Мордовский государственный национальный исследовательский
университет им. Н.П. Огарева

Право приобретения чужой недвижимой вещи в контексте вещных и обязательственных правоотношений

Концепцией развития гражданского законодательства РФ, подготовленной на основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Концепция) в разд. IV «Законодательство о вещных правах» предусмотрено введение такого ограниченного вещного права, как право приобретения чужой недвижимой вещи.

Следует отметить, что если данное право будет введено в отечественный правовой порядок и признано в качестве вещного, это будет являться определенной инновацией не только для отечественного законодательства, но и в целом для стран романо-германской правовой семьи. Это связано с тем, что ни в одной из этих стран данный институт, еще пока не закреплен в качестве вещного права на законодательном уровне, хотя активно развивается как в доктрине, так и в правоприменительной практике. Например, в Германии, в которой по сути и был разработан данный правовой институт, он так и не узаконен, хотя попытки были. Основными мотивами непризнания права последующего приобретения собственности (*das Anwartschaftsrecht*) в качестве вещного в немецком законодательстве являются: во-первых, то что принцип *numerus clausus* определяет перечень вещных прав как закрытый и не допускает создания дополнительных вещных прав; во-вторых, то, что речь идет о вещном праве, условия существования и содержание которого полностью зависят от обязательственного договора, а не закона (как это предусматривает принцип принудительной фиксации содержания (*Typenfixierung*))¹.

Исходя из вышеперечисленного зададимся вопросом, для чего необходимо вводить данное право в отечественное законодательство, да еще и признавать его вещ-

¹ См.: Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок: монография // СПС «Гарант».

ным? Для этого проанализируем состояние действующего законодательства, регулирующего данную область правоотношений.

В настоящий момент данное право заменяют различные договорные обязательства. Однако следует отметить, что в последнее время в перечень договорных обязательств, оформляющих процесс перехода прав собственности на вещь, которая будет создана или приобретена в будущем, претерпел значительные изменения. Такие изменения произошли благодаря принятию Пленумом ВАС РФ наделавшего много шума в юридической среде постановления от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» (далее — Постановление № 54). До принятия этого Постановления такие отношения оформлялись в основном посредством таких договорных обязательств, как предварительный договор и так называемый инвестиционный договор, непоименованный в ГК РФ.

Теперь, согласно вышеназванному Постановлению № 54, при рассмотрении споров, вытекающих из договоров, связанных с инвестиционной деятельностью в сфере финансирования строительства или реконструкции объектов недвижимости, судам следует устанавливать правовую природу соответствующих договоров и разрешать спор по правилам гл. 30 («Купля-продажа»), 37 («Подряд»), 55 («Простое товарищество») ГК РФ.

Основной целью данного Постановления было заменить конструкции предварительного и инвестиционного договоров на договор купли-продажи будущей недвижимой вещи и тем самым урегулировать надлежащем образом отношения, возникающие при оформлении и переходе права собственности на вещь, которая будет создана или приобретена в будущем.

Согласно данному Постановлению договор купли-продажи будущей недвижимой вещи — это договор купли-продажи в отношении недвижимого имущества, право собственности продавца на которое на дату заключения договора не зарегистрировано в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее — ЕГРП), но по условиям этого договора возникнет у продавца в будущем.

Однако стоит задуматься о том, что изменилось с принятием Постановления № 54, а самое главное, какие гарантии в нем предусмотрены на случай неисполнения обязательств по договору купли-продажи будущей недвижимой вещи.

Продавец, согласно Постановлению № 54, в судебном порядке не может быть понужден к совершению действий по приобретению или созданию вещи, подлежащей передаче покупателю в будущем. В то же время покупатель по договору вправе требовать понуждения продавца к исполнению обязательства по передаче недвижимой вещи, являющейся предметом договора (ст. 398 ГК РФ). Такой иск подлежит удовлетворению в случае, если суд установит, что спорное имущество имеется в натуре и им владеет ответчик — продавец по договору, право собственности которого на спорное имущество зарегистрировано в ЕГРП.

В том случае, если у продавца отсутствует недвижимое имущество, которое он должен передать в собственность покупателя (например, недвижимое имущество не создано или создано, но передано другому лицу), либо право собственности продавца на это имущество не зарегистрировано в ЕГРП, покупатель вправе потребовать возврата уплаченной продавцу денежной суммы и процентов на нее

(п. 3 и 4 ст. 487 ГК РФ), а также возмещения причиненных ему убытков (в частности, уплаты разницы между ценой недвижимого имущества, указанной в договоре купли-продажи, и текущей рыночной стоимостью такого имущества).

Таким образом, можно сделать вывод о том, что меры, предусмотренные Постановлением, не смогут в полной мере удовлетворить интересы покупателя в случае возникновения каких-либо проблемных ситуаций при продаже будущих объектов недвижимости, так как нельзя будет принудить продавца к государственной регистрации перехода права собственности на него, а взыскать убытки в полном объеме с продавца зачастую бывает просто невозможно, особенно в случае его банкротства. В связи с этим следует сказать, что использование вещно-правовой конструкции приобретения чужой недвижимой вещи, предложенной в Концепции, более надежно защищает интересы покупателя. Согласно Концепции интересы покупателя гарантируются более полно именно за счет вещного обеспечения, т.е. лицо, приобретающее какой-либо объект недвижимости в собственность, вправе требовать от продавца абсолютно конкретную вещь, которая была предусмотрена по договору. В том же случае, если вещь еще не создана, то покупатель вправе рассчитывать на приобретение другой недвижимой вещи, на которой, в составе которой или из которой будет создана новая недвижимая вещь (земельный участок, на котором будет возводиться объект недвижимости; объект незавершенного строительства, в котором будет находиться помещение, и др.).

Известно, что основным мотивом введения такого ограниченного вещного права, как право приобретения чужой недвижимой вещи, была проблема с обманутыми дольщиками, в целях ликвидации так называемых двойных продаж объектов недвижимости. Согласно Концепции в случае обременения недвижимой вещи ее собственником вещными правами третьих лиц, в том числе ипотекой, правом застройки без письменного согласия лица, имеющего право приобретения этой вещи, указанные права прекращаются с момента возникновения права собственности на эту вещь у данного лица, если он не согласится на сохранение указанных прав.

В настоящее время в соответствии с Федеральным законом «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости», на который, кстати, не распространяется Постановление № 54, можно будет лишь взыскать убытки и неустойку, которые, как кажется, не смогут удовлетворить потребности граждан, рассчитывавших на получение в собственность жилья.

Таким образом, исходя из анализа действующего законодательства, можно сделать вывод о том, что, несмотря на многочисленные попытки урегулировать ситуацию с процессом перехода права собственности на чужую вещь, кардинально что-то изменить так и не удалось. Сторонам по-прежнему не предоставляется реальных гарантий обеспечения их прав. Такие договорные виды ответственности, как убытки и неустойка, не могут в должной мере обеспечить интересы приобретателя, рассчитывающего на получение конкретной вещи в собственность, которая была предусмотрена договором. Введение же такого ограниченного вещного права, как право приобретения чужой недвижимой вещи, возможно, положило бы конец различным серым схемам при строительстве объектов недвижимости и их последующей продаже. Зачастую убытки и неустойку просто не с кого взыскивать. Тот порядок создания юридических лиц, который существует сегодня, позволяет создавать некие абстракции, которые помимо записи в реестре налого-

вых органов и весьма незначительного уставного капитала, практически ничего не имеют. Такие юридические лица никогда не смогут удовлетворить многомиллионные требования своих кредиторов. Право приобретения чужой недвижимой вещи создает реальные гарантии для покупателя потому, что предоставляет ему реальную возможность требовать конкретную недвижимую вещь независимо от того, на балансе какого юридического лица она находится. В этом и заключается вся суть вещных правоотношений, то, что право всегда следует за вещью и не зависит от существования каких-либо абстрактных обязательств и тем более фиктивных юридических лиц.

В целом же следует сказать, что потенциал использования права приобретения чужой недвижимой вещи может заключаться не только в устранении проблем, связанных с обманутыми дольщиками. Введение данного права будет являться весьма продуктивным для развития рынка недвижимости, так как позволит привлечь дополнительные средства на строительство, а также оно может быть использовано в качестве одного из механизмов секьюритизации.

В.Н. Циома,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет,
прокурор Лаишевского района РТ, советник юстиции

Идеи профессора Г.Ф. Шершеневича по аграрному вопросу и современная система охраны права собственности на земельные участки

Вопросы охраны прав граждан и юридических лиц на земельные участки в дореволюционной России рассматривались в качестве элемента такой сложной и актуальной проблемы, как «аграрный вопрос». Важнейшим событием в Российской империи XIX в. стала отмена крепостного права и проведение ряда реформ. Данные реформы стали предметом рассмотрения в многочисленных экономических и юридических научных работах, среди которых особая роль принадлежит работе профессора Г.Ф. Шершеневича «Аграрный вопрос»¹.

На наш взгляд, наиболее важными идеями, обоснованными профессором Г.Ф. Шершеневичем в настоящей работе и направленными на решение аграрного вопроса, являются следующие.

Во-первых, в данной работе он последовательно отстаивает идею необходимости национализации земли. По его мнению, «при той остроте аграрного вопроса, какую он отличается в России... земля должна быть только в руках лиц, обрабатывающих ее личным трудом. Это достижимо лишь при том условии, если земля будет изъята из частной собственности и станет государственной собственностью...»².

¹ Шершеневич Г.Ф. Аграрный вопрос. М., 1906. С. 25.

² Там же. С. 16–17.

Во-вторых, профессор Г.Ф. Шершеневич высказал немало критических замечаний по некоторым направлениям решения аграрного вопроса: «недостаток земли предлагают восполнить, не прикасаясь к частной земельной собственности, путем покупки через Крестьянский банк и путем переселения. Покупка через Крестьянский банк... как сделка частноправового характера, возлагает всю тяжесть платежа цены на... крестьянина, который в настоящее время при полном обнищании, не может быть исполнительным контрагентом...»¹.

Государственно-правовые взгляды профессора Г.Ф. Шершеневича нашли всестороннее освещение в исследованиях современных ученых-юристов, а некоторые его идеи получили диаметрально противоположную оценку в юридической литературе советского периода и современных научных работах².

Современная охрана права частной собственности на земельные участки является, во-первых, важнейшим из итогов проведения в конце 1990-х — начале 2000-х годов земельной реформы, одним из главных результатов которой является установление прав граждан на землю и обеспечение государством гарантий по их защите; во-вторых, она получила достойное законодательное закрепление в ГК РФ, ЗК РФ и ряде иных законодательных актов.

Конституционно-правовыми основами охраны права собственности на земельные участки являются положения Конституции РФ 1993 г., которыми впервые установлено, что земля и другие природные ресурсы могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности. Важнейшим этапом проведения земельной реформы стала кодификация российского гражданского законодательства, и в частности принятие в 1994 г. части первой ГК РФ, в структуре которой предусмотрена гл. 17 «Право собственности и иные вещные права на земельные участки».

Значительную роль в охране права частной собственности на земельные участки выполняет созданная в соответствии с ГК РФ государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним. В настоящее время совершенствование системы охраны права частной собственности на земельные участки во многом связано с реализацией положений Концепции развития гражданского законодательства РФ 2009 г. и разработанным на ее основе Проектом Федерального закона о внесении изменений в ГК РФ. Предлагается уточнение самой системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Если ранее действующее законодательство предусматривало государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, то в соответствии со ст. 8¹ Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3, 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» государственной регистрации подлежат только права на имущество, а именно «права, закрепляющие принадлежность объекта гражданских прав определенному лицу, ограничения таких прав и обременения имущества (права на имущество)». Положения указанной статьи последовательно реализуются в предложениях по совершенствованию ст. 131 ГК РФ, в соответствии с которыми, во-первых, данная ста-

¹ Шершеневич Г.Ф. Аграрный вопрос. М., 1906. С. 7–8.

² См.: Желдыбина Т.А. Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича: дис. ... к.ю.н. Саратов, 2007.

тя получит новое название «Государственная регистрация прав на недвижимость», во-вторых, уточнен объект государственной регистрации¹.

В современной юридической науке нет единства мнений практически по всем аспектам охраны гражданских прав. В частности, существуют различия во взглядах о соотношении самих понятий «охраны гражданских прав» и «защиты гражданских прав», о сущности самой категории охраны гражданских прав. В.П. Грибанов квалифицировал гражданско-правовые средства как защитные и одновременно охранительные². Иной точки зрения придерживается Н.И. Матузов, который, в частности, отмечает, что охрана и защита субъективного права или охраняемого законом интереса не одно и то же: они охраняются постоянно, но защищаются, только когда нарушаются. Защита — одна из форм охраны³. А.П. Сергеев также полагает, что защита гражданского права — это охрана в узком смысле слова, иначе нет оснований для использования такого самостоятельного термина, как «защита права». Организационно-превентивные меры охраны права, существующие и до его нарушения, в момент нарушения регулятивного права превращаются в меры его защиты⁴.

Поскольку отношения собственности на земельные участки не являются исключительно предметом регулирования гражданского законодательства, то и охрана права собственности на данные объекты находится в ведении различных отраслей права: земельного, административного и др. Так, в КоАП РФ имеется специальная глава 7 «Административные правонарушения в области охраны собственности».

В целях осуществления охраны прав на земельные участки действующее российское законодательство использует целый комплекс правовых мер, одной из которых является государственный земельный контроль, осуществляемый целым рядом федеральных органов исполнительной власти, ведущую роль среди которых играет Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестр). Росреестр и его территориальные органы осуществляют контроль за соблюдением выполнения требований земельного законодательства о недопущении самовольного занятия земельных участков, самовольного обмена земельными участками и использования земельных участков без оформленных на них в установленном порядке правоустанавливающих документов, а также без документов, разрешающих осуществление хозяйственной деятельности; порядка переустройства права пользования землей; выполнения требований о наличии и сохранности межевых знаков границ земельных участков и др. (постановление Правительства РФ от 15 ноября 2006 г. № 689 «О государственном земельном контроле»).

В российском государстве традиционно значительная роль в охране прав граждан, юридических лиц, публичных образований на земельные участки отводится прокуратуре, правовое положение которой определяется Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации». Общие положения об участии прокурора в гражданском процессе в судах общей юрисдикции определены в ч. 1 ст. 45 ГПК РФ. К числу важнейших нормативных актов, которым уточнены и конкре-

¹ Проект федерального закона от 3 апреля 2012 г. № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

² См.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 299, 306.

³ См.: *Матузов Н.И.* Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 131.

⁴ Гражданское право: учебник. В 2 ч. / под ред. А.П. Сергеева. Ч. 1. М., 1998. С. 280.

тизированы основания, формы и порядок участия прокурора в гражданском судопроизводстве, можно отнести приказ Генеральной прокуратуры России от 26 апреля 2012 г. № 181 «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском процессе».

Анализ практики деятельности прокуратуры по надзору за соблюдением законодательства о праве собственности и иных вещных правах на земельные участки показывает, что наиболее распространенными являются такие правонарушения, как незаконное распоряжение земельными участками, использование земельных участков без правоустанавливающих документов на землю, а также не по целевому назначению. Со стороны органов местного самоуправления имеются случаи нарушений установленного порядка рассмотрения обращений граждан и организаций о предоставлении земельных участков, нарушения порядка изъятия земельных участков из незаконного владения граждан и организаций, превышения полномочий при распоряжении земельными участками, не находящимися в муниципальной собственности.

Одним из важных направлений деятельности Прокуратуры Лаишевского района Республики Татарстан является охрана прав собственников от такого нарушения, как самовольное занятие земельного участка, ответственность за которое предусмотрена ст. 7.1 КоАП РФ.

К числу нарушений, выявленных прокуратурой Лаишевского района Республики Татарстан, относятся также: предоставление недостоверных сведений, содержащихся в выписке из похозяйственной книги о предоставлении лицу земельного участка для ведения личного подсобного хозяйства, явившейся основанием для государственной регистрации права собственности на земельный участок; незаконное включение в список лиц, имеющих право на безвозмездное получение земельных долей и как следствие — незаконное получение свидетельства о праве собственности на земельную долю; кадастровая ошибка в сведениях о земельном участке при проведении межевания данного земельного участка (при формировании границ земельного участка неправильно определены его координаты), в результате чего произошло его наложение на участок смежного землепользователя и др.

СДЕЛКИ

С.Н. Александрова,

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Внесение предоплаты за долю до нотариального удостоверения сделки: выбор подходящей правовой конструкции

Сделки в корпоративном праве долгое время оставались без должного изучения и внимания. Вместе с тем к ним относятся не только сделки с заинтересованностью и крупные сделки. Это и договорные конструкции, используемые участниками (акционерами) для урегулирования возникающих между ними отношений,

соглашения, опосредующие куплю-продажу долей и т.д. Несмотря на усиление договорного начала в корпоративных отношениях, порядок применения общих положений ГК РФ к корпоративным сделкам вызывает у правоприменителей значительное количество вопросов. Один из них — возможность заключения предварительного договора купли-продажи доли участника общества с ограниченной ответственностью (далее — ООО).

Когда говорится о корпоративных обязательствах, то имеется в виду не только соглашения между субъектами корпорации, но и соглашения с третьими лицами, которые могут повлиять на дальнейшее осуществление корпорацией своей деятельности. При таком подходе возможно применение к ним общих положений об обязательствах и конструкции предварительного договора. Напомним, что под именем обязательства понимается такое юридическое отношение, из которого обнаруживается право одного лица на известное действие другого определенного лица¹.

Доля в уставном капитале ООО является ликвидным активом и ее стоимость может быть довольно высокой. Именно поэтому продавец доли может быть заинтересован в получении предоплаты еще до удостоверения договора купли-продажи у нотариуса (абз. 1 п. 11 ст. 21 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон «Об ООО»).

Одной из правовых конструкций, которая на первый взгляд подходит для перечисления предоплаты, является предварительный договор. В нем закрепляются срок заключения основного договора и все его существенные условия (п. 3 ст. 429 ГК РФ). Казалось бы, полная или частичная оплата доли по предварительному договору во исполнение основного поможет сторонам достичь своей цели — продавец доли получит предоплату, а покупатель — гарантии заключения договора с ним. Однако действующее законодательство не допускает этого. Дело в том, что предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения основного договора, а не исполнение прав и обязанностей по будущему договору. Предварительный договор не порождает денежного обязательства. Оно будет выражено в договоре, заключенном в его исполнение, поэтому условие о предоплате в предварительном договоре будет признано судом ничтожным².

Возможно ли включение в предварительный договор условия о задатке (п. 1 ст. 380 ГК РФ)? Следует ответить отрицательно, так как задаток обеспечивает только денежные обязательства сторон, а они по предварительному договору не возникают. Даже если стороны включили условие о задатке в предварительный договор, то суды скорее всего посчитают его авансом в счет оплаты доли по основному договору (п. 3 ст. 380 ГК РФ)³.

В данной ситуации необходимо найти конструкцию, приемлемую и для продавца, и для покупателя доли. Если продавец настаивает на предоплате, можно в договор купли-продажи включить это условие (например, оплатить долю в течение нескольких дней после подписания договора), затем сделку удостоверить у нотариуса.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 7.

² См. постановление ФАС Центрального округа от 20 октября 2009 г. по делу № А35-3474/2009-С25 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См., например, Определение ВАС РФ от 1 июня 2011 г. № ВАС-6658/11, постановление ФАС Центрального округа от 22 сентября 2010 г. по делу № А35-12629/10-С5 // СПС «КонсультантПлюс».

На первый взгляд, это вариант неприемлем. Во-первых, доля переходит к покупателю только после нотариального удостоверения сделки (п. 11 ст. 21 Закона «Об ООО»), следовательно, денежные средства передаются покупателем по несуществующему обязательству. Во-вторых, некоторые нотариусы отказываются удостоверить договор купли-продажи с предоплатой, поскольку используют только свои формы договоров.

Но на практике такой способ наиболее выгоден как для продавца, так и для приобретателя доли. Продавцу удобно, что доля не перейдет к покупателю, пока тот не заплатит, а покупатель застрахован на случай, если продавец, получив оплату, откажется идти к нотариусу. По смыслу абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона «Об ООО», если участник общества, заключивший договор, устанавливающий обязательство совершить при возникновении определенных обстоятельств или исполнении другой стороной встречного обязательства сделку, направленную на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества, неправомерно уклоняется от нотариального удостоверения сделки, направленной на отчуждение доли или части доли в уставном капитале общества, приобретатель доли или части доли, совершивший действия, направленные на исполнение указанного договора, вправе потребовать в судебном порядке передачи ему доли или части доли в уставном капитале общества.

Анализируя указанную норму, возникает вопрос о том, применима ли она к договору купли-продажи доли с условием о предоплате и в каких случаях можно подать иск о передаче доли. Позиция судов по этому вопросу не однозначна.

В частности, предлагается рассматривать такой договор в качестве предварительного: если сделка, направленная на отчуждение, — это договор отчуждения доли, то договор, устанавливающий обязательство совершить такую сделку, — это предварительный договор¹.

Вторая позиция сводится к тому, что таким договором является договор, в котором выражена воля отчуждателя на передачу доли в случае возникновения определенных обстоятельств (например, наступления условия либо срока) или после исполнения приобретателем доли своих обязательств. Он не является предварительным, не требует нотариального удостоверения. Такой договор считается заключенным в момент достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям². Высший Арбитражный Суд РФ также указал, что договором, устанавливающим обязательство совершить сделку, может быть договор купли-продажи с отлагательным условием³.

Это дело показало, что норма Закона «Об ООО» о возможности передачи доли покупателю действительно работает. Поэтому если после оплаты доли по договору купли-продажи доли продавец будет уклоняться от нотариального удостоверения договора, покупатель может обратиться в суд с иском о передаче ему доли, и реше-

¹ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29 августа 2011 г. по делу № А32-30330/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Рекомендации научно-консультативного совета ФАС Уральского округа по вопросам рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о создании, реорганизации, ликвидации коммерческих юридических лиц, их правовом положении, а также о правах и обязанностях участников (учредителей) // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Определение ВАС РФ от 26 июля 2010 г. № 9641/10 // СПС «КонсультантПлюс».

ние суда будет основанием для государственной регистрации изменений в Единый государственный реестр юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ). Это значит, что покупателю, который получил такое решение, уже не нужно обращаться к нотариусу.

Для получения положительного решения суда о передаче доли в пользу покупателя важно, чтобы он оплатил ее после подписания договора купли-продажи. Если оплата будет до подписания договора и в нем будет указано, что оплата уже произведена, то суды откажут в передаче доли покупателю, так как для получения доли обязательно должны быть отлагательные условия. Здесь уместно привести пример из практики: на основании договора купли-продажи доли покупатель приобрел 100% доли в уставном капитале, оплатив ее до его подписания договора. Продавец получил деньги, выдал расписку, а затем отказался от нотариального удостоверения договора. Покупатель подал иск о передаче оплаченной им доли, но суды в трех инстанциях отказали ему в удовлетворении исковых требований. Во-первых, суды указали, что этот договор ничтожен, поскольку не был нотариально удостоверен. Во-вторых, в этом случае нельзя применить абз. 3 п. 11 ст. 21 Закона «Об ООО», так как в договоре не было отлагательных условий, в том числе по оплате (оплата была произведена до подписания договора)¹.

Таким образом, если продавец доли в уставном капитале настаивает на передаче доли только после предварительной оплаты, предпочтительнее заключить договор купли-продажи доли с условием о предоплате.

Е.В. Вавилин,

д.ю.н.,

судья Высшего Арбитражного Суда РФ

Вспомогательные сделки и секундарные права: функциональное значение

Механизм осуществления субъективных гражданских прав и исполнения обязанностей — это законодательно обусловленный порядок организации юридических способов, средств и действий участников гражданского оборота, обеспечивающий фактическое достижение субъектом правовой цели (получение блага). С этой точки зрения особенно важно детально исследовать механизм осуществления гражданских прав и исполнения обязанности не только как систему определенных элементов, но и выявить действие, движение указанной правовой конструкции.

Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей основан на единстве разнородных составляющих: процесса смены состояний права (обязанности), объективации и субъективации права и обязанности, основных и организационных правоотношений, функциональных и служебных стадий. Динамика осуществления права связана в первую очередь с изменением состояний субъективного права в процессе его осуществления. Только последовательная смена состояний

¹ См. постановление ФАС Московского округа от 8 ноября 2011 г. по делу № А40-24475/11-48-202 // СПС «КонсультантПлюс».

субъективного права в единстве дает представление о целостном процессе осуществления. Анализируемый признак дает возможность оперировать таким понятием, как стадия осуществления права и исполнения обязанности.

Под стадией осуществления того или иного права мы понимаем состояние права в определенный момент времени. При этом каждая стадия характеризуется набором определенных взаимообусловленных качественных характеристик права. Например, право акционеров на имущество ликвидируемого акционерного общества формируется в процессе ликвидации данного акционерного общества. На этой стадии оно представляет собой хотя и персональную, но потенциальную возможность владения имуществом до момента осознания акционером этого права и завершения расчетов с кредиторами, утверждения ликвидационного баланса совершения иных предусмотренных законом действий (ст. 22, 23 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»).

После совершения указанных процедур право установлено и начинает осуществляться фактически. Иными словами, субъективное право, обладающее потенциальной возможностью реализации, после возникновения решающего юридического факта становится действительно осуществимым. Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей можно рассматривать широко — принимая во внимание весь процесс индивидуализации прав и обязанностей, и более узко — учитывая непосредственно сам процесс реализации (исполнения).

В первом случае изучению должен подвергаться многоступенчатый процесс с возникновения предпосылок к формированию субъективного права и обязанности, с момента их формирования до осуществления этого права и исполнения обязанности.

В узком смысле под реализацией права (исполнением обязанности) следует понимать осознанные волевые действия правообладателя (обязанного лица), направленные на осуществление возможностей, заложенных в норме права.

Основное различие этих подходов кроется в составе стадий механизма осуществления. Так, в широком понимании структуру механизма осуществления прав будет составлять последовательность следующих стадий: подготовительный этап (предреализационный); формирование субъективного права; установление субъективного права; процедурная стадия реализации данного субъективного права; защита нарушенного права; стадия фактического и юридического осуществления права.

В узком смысле механизм реализации права начинает действовать с момента осознания субъектом своего правообладания. В данном случае механизм реализации прав и исполнения обязанностей предстает как ряд стадий: установление субъективного права, процедурная реализация права, защита нарушенного права, стадия фактического и юридического осуществления права и исполнения обязанности.

Важно проследить постепенность изменений субъективного права, выявить причины, стимулирующие его переход в процессе осуществления из одного состояния в другое, и что особенно важно, определить факторы, нарушающие этот порядок, затрудняющие на разных этапах преобразование нормативно-определенных возможностей в индивидуальные умственно-волевые акты, направленные на получение искомого блага. Этим обусловлена не только теоретическая, но и практическая значимость определения динамики механизма реализации прав и исполнения обязанностей.

Следовательно, ключевым в изучении механизма осуществления субъективных прав и исполнения обязанностей является вопрос о том, что движет данную юридическую конструкцию, обеспечивает постепенную и неотвратимую смену стадий реализации, т.е. в чем заключается сам процесс, действие механизма. Наиболее динамичными элементами механизма являются процедуры. Сами же процедуры представляют собой совокупность определенного вида сделок, организованных таким образом, чтобы их совершение последовательно приводило к требуемому результату.

Под сделкой, согласно ст. 153 ГК РФ, следует понимать действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Осуществление права формируется двумя видами сделок: основными (купля-продажа, наем, дарение и т.д.) и вспомогательными (передача вещи, требования, перевод долга и т.д.), последние направлены на совершение первых и имеют выраженный служебный характер.

Существенным признаком вспомогательных сделок является то, что они не приводят к достижению конечных экономических целей сторон. Например, при передаче вещи, передаче требования, переводе долга, выдаче, акцепте и передаче векселя или чека указанные действия не являются достаточным основанием для приобретения или сбережения имущества за счет другого лица. Они являются только необходимым условием для возникновения секундарного права на совершение очередной сделки.

В частности, договор купли-продажи представляет собой двустороннюю сделку. Для реализации этой основной сделки необходимо совершение ряда вспомогательных сделок. Во-первых, совершается передача покупателем денежных средств за товар продавцу. Данная вспомогательная сделка порождает секундарное право требовать от другой стороны совершения очередной ответной сделки — передачу товара.

Таким образом, одно юридически значимое действие субъекта требует от контрагента совершения другого юридически значимого действия. Так происходит движение, развитие правоотношений, происходит процесс реализации основного права.

Процедура в механизме осуществления прав и исполнения обязанности складывается из последовательности вспомогательных сделок, объединенных общей юридической целью. Последовательность совершения вспомогательных сделок, их качественный состав формирует содержание каждой отдельной юридической процедуры. Иными словами, для каждой юридической процедуры характерен свой набор, своя конфигурация вспомогательных сделок.

Представление о юридической процедуре как о последовательности действий и возникающих на их основе отношений, ведущих к определенному правовому результату, не отражает, на наш взгляд, юридического существа данного явления. Юридическая процедура — это совокупность вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права, поскольку в юридическую процедуру входят действия, непосредственно влияющие на развитие правоотношения. Так, перемещение субъекта к месту нахождения ведомства, осуществляющего государственную регистрацию права собственности, не входит в содержание самой процедуры регистрации права, хотя и представляет собой действия, определенного

вида деятельность, направленную на достижение правового результата (осуществление регистрации). Вместе с тем предоставление субъектом документов в регистрационную палату представляет собой вспомогательную сделку, влекущую необходимость совершения другой стороной ответной сделки — приема документов. Следующим шагом в осуществлении обязанности государственной регистрации будет получение субъектом регистрационного листа.

Таким образом, прослеживается, что процедура достигает своей юридической цели посредством совершения субъектами права совокупности определенным образом выстроенных, упорядоченных сделок. И последовательность данных сделок, их конфигурация образует индивидуальную процедуру.

К примеру, своеобразием будут отличаться процедуры передачи вещи по договору аренды, подряда, купли-продажи, безвозмездного пользования и т.д. Действия, совершаемые участниками указанных правоотношений, одинаковы, но конфигурации вспомогательных сделок различны, что в каждом из приведенных случаев делает процедуру индивидуальной.

В зависимости от своеобразия складывающихся отношений совершенная вспомогательная сделка требует совершения конкретной ответной вспомогательной сделки от обязанного или управомоченного лица. Например, передача должником своего долга влечет необходимость принятия кредитором данных денежных средств. Если какая-либо вспомогательная сделка не совершается, процедура не движется и весь механизм в целом останавливается. т.е. несовершение одной из вспомогательных сделок приводит к остановке механизма осуществления прав и исполнения обязанностей.

Таким образом, в основе действия механизма осуществления прав и исполнения обязанностей лежит совершение участниками правоотношений последовательности вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права (либо обязанность) другой стороны на совершение ответных вспомогательных сделок. Указанные сделки объединены общей целевой установкой юридической процедуры. С этой точки зрения механизм осуществления прав и исполнения обязанностей представляет собой иерархическую многоуровневую систему юридических процедур, которые совершаются путем осуществления ряда вспомогательных сделок.

Вспомогательная сделка — то минимальное необходимое звено механизма осуществления прав и исполнения обязанностей, выпадение которого влечет остановку, неизменное «торможение» всей конструкции в целом.

В основе действия механизма осуществления прав и исполнения обязанностей лежит совершение участниками правоотношений последовательности вспомогательных сделок, порождающих соответствующие секундарные права (либо обязанность) другой стороны на совершение ответных вспомогательных сделок. Механизм осуществления прав и исполнения обязанностей, таким образом, представляет собой иерархическую многоуровневую систему юридических процедур, которые совершаются путем осуществления ряда вспомогательных сделок.

Подобное понимание открывает возможности детального исследования каждого механизма осуществления прав и исполнения обязанностей и устранения «сбоев» в их работе. В свою очередь выверенные модели механизмов осуществления прав и исполнения обязанностей приведут к гарантированному их осуществлению и исполнению.

М.М. Валеев,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры гражданского права,
Уральская государственная юридическая академия

О содержании категории «делкоспособность»

Всем известно, что дееспособность является одним из важнейших элементов правосубъектности лица. Почти столь же общим местом является состав дееспособности. Есть, конечно, оригинальные мыслители, которые исключают из нее деликтоспособность, например. Но речь не о них, а о «мэйнстриме» цивилистической мысли. В общем и целом перед мысленным взором всякого человека, изучающего гражданское право, предстает следующая картина: дееспособность есть результат соединения делкоспособности и деликтоспособности¹. Делкоспособность вполне логично означает способность к самостоятельному совершению сделок, а деликтоспособность — к самостоятельному несению ответственности.

Схема представляется вполне логичной и законченной. По крайней мере на первый взгляд. И если с логикой построения схемы и в самом деле не поспоришь, то при более внимательном рассмотрении возникают некоторые сомнения относительно полноты описания в этой схеме реальной ситуации. Действительно ли все многообразие форм человеческого общения можно уложить в прокрустово ложе совершения сделок?

Очевидно, для ответа на данный вопрос первоначально следует попытаться определиться с понятием сделки. На сегодняшний день существует однозначное противостояние двух систем взглядов на сделки. Часть авторов, вслед за законодателем, понимает под сделками любые действия, направленные на достижение гражданско-правового результата, а другая часть настаивает на более трепетном отношении к термину, предлагая называть сделками не любые телодвижения субъектов, а только наиболее достойные из них. Например, ни в коем случае нельзя называть сделкой решение общего собрания акционеров, подписание акта приемки выполненных работ, признание долга и т.д. Как всегда, каждая из сторон приводит в пользу своей точки зрения аргументы разной степени убедительности. Столь же традиционно однозначного предпочтения нельзя отдать ни одной из концепций, у обеих есть свои достоинства и недостатки.

Возвращаясь к теме дееспособности, следует отметить, что авторы, настаивающие на узком толковании термина «сделка», тем самым однозначно настаивают на расширении круга возможных для субъекта гражданского права действий. В рамках данной концепции лицо может легально совершать не только сделки, но и сделкоподобные действия, реальные акты, фактические действия и т.д., и т.п. (длина списка и терминология меняются от автора к автору).

¹ См., например: Гражданское право: учебник для вузов / под ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало и В.А. Плетнева. Ч. 1. М., 1998. С. 63–64; Гражданское право: учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Ч. 1. М., 1996. С. 86. Примерно то же самое можно прочесть в любом другом солидном учебнике.

Однако даже при самом расширительном толковании категории сделки нельзя не видеть, что сделками формы гражданско-правового общения людей не исчерпываются. Физическое лицо помимо сделок способно к совершению как минимум еще одного вида юридических действий — юридических поступков. В самом деле, кто из ныне живущих не сталкивался с примерами творчества — собственно-го или других людей? Кому ни разу не доводилось найти утерянную чужую вещь на улице? Едва ли людей, способных отрицательно ответить на данные вопросы, найдется много. Юридические поступки конечно же уступают сделкам по степени распространенности. Но почетное второе место по этому критерию, пожалуй, вполне заслуживают.

И вот тут самое время для недоуменных вопросов. Если тот факт, что гражданин способен к совершению не только сделок, но и других действий, давно известен науке гражданского права, то почему данное обстоятельство никак не отражено в учении о дееспособности? Как такое стало возможным?

Скорее всего утверждение «никак не отражено» — слишком сильное утверждение. В действительности в большинстве определений сделокспособности используются более общие термины, вполне способные охватить собою не только сделки, но и другие правомерные действия. Например, в упоминавшемся учебнике УрГЮА сделокспособность определяется как способность своими действиями приобретать права и создавать для себя обязанности. Нетрудно увидеть, что это гораздо шире, чем способность к совершению сделок.

Иными словами, никакого противоречия двух частей теории гражданского права не существует. Существует лишь противоречие между буквальным смыслом термина «сделкоспособность» и тем содержанием, которое вкладывается в него теорией. Содержание шире буквального смысла.

Хорошо ли это с точки зрения вселенского баланса добра и зла — вопрос, однозначного ответа не имеющий. Куда проще ответить на вопрос: хорошо ли это для процесса изучения гражданского права?

Само по себе подобное расхождение вполне естественно для любой текстовой системы и при наличии достаточного числа соответствующих предупреждений и пояснений никакой опасности не представляет. Проблема как раз и заключается в нехватке предупреждений и пояснений. В существующей литературе наблюдается почти повсеместное отсутствие явных указаний на необходимость расширительного толкования термина «сделкоспособность». Безусловно, самостоятельно и критически мыслящие студенты способны во всем разобраться самостоятельно, но разве для них пишутся учебники?

Итак, представляется полезным как минимум снабдить соответствующие тексты явными указаниями на своеобразие термина «сделкоспособность». Возможен, впрочем, и более радикальный вариант решения проблемы — замена термина. Но едва ли это лучший вариант. Во-первых, подходящую замену (чтобы запоминалось, было кратко, точно и не совпадало с родовой категорией) подобрать, мягко говоря, непросто. Во-вторых, нынешний термин существует не одну сотню лет — и пока еще цивилизация не погибла (хотя, с другой стороны, и Марс до сих пор не колонизован). Поэтому оптимальным представляется именно вариант снабжения термина «сделкоспособность» пояснениями. И тогда ждет нас всех неминуемое и скорое благоденствие.

Е.В. Ельникова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Российская академия правосудия

Оспаривание сделок, совершенных единоличным исполнительным органом с превышением полномочий

Практика деятельности юридических лиц, приобретающих гражданские права и принимающих на себя гражданские обязанности через свои органы, показывает, что, к сожалению, нередко единоличный исполнительный орган (далее — ЕИО) при совершении сделки выходит за пределы полномочий, предоставленных ему законом, иными правовыми актами, учредительными документами и иными локальными актами юридического лица, интересы которого при этом оказываются зачастую нарушенными. В целях обеспечения защиты нарушенных прав и интересов такого юридического лица гражданское законодательство закрепляет ряд механизмов, применение которых позволяет устранить негативный эффект сделок, совершенных ЕИО при превышении предоставленных ему полномочий. В этой связи важное значение для выбора надлежащего способа защиты имеет четкое определение сферы их действия.

ГК РФ с учетом степени и характера нарушения устанавливает различные правовые последствия для случаев, когда ЕИО совершает сделку за пределами предоставленных ему полномочий. При этом имеет значение, каким актом — правовым или локальным — закреплены названные полномочия. В случаях, когда полномочия ЕИО установлены в законе или ином правовом акте, выход за их пределы влечет ничтожность сделки по ст. 168 ГК РФ. Так, договор об оказании аудиторских услуг, заключенный единоличным исполнительным органом общества с ограниченной ответственностью при отсутствии решения общего собрания участников об утверждении аудитора и определении размера оплаты его услуг, является ничтожным¹. Аналогичные последствия будут иметь сделки, совершенные ЕИО с нарушением исключительной компетенции иных органов управления, установленной правовыми нормами.

Если же полномочия органа юридического лица на совершение сделки ограничены его учредительными документами по сравнению с тем, как они определены в законе, и при ее совершении такой орган вышел за пределы этих ограничений, сделка может быть признана судом недействительной по ст. 174 ГК РФ лишь в случаях, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна знать об указанных ограничениях. Таким образом, закон относит вышеназванные сделки к оспоримым, допуская возможность признания их недействительными в судебном порядке, с учетом того, что ЕИО в этом случае нарушает лишь те ограничения своих полномочий, которые установлены учредительными документами, и не выходит за пределы полномочий, определенных законом.

Логика законодателя в данном случае исходит из необходимости соблюдения баланса интересов лица, в интересах которого установлены ограничения ЕИО,

¹ См. постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 10 июня 2011 г. по делу № А63-5170/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

и лица, являющегося другой стороной совершенной им сделки. Право оспорить сделку по указанному в ст. 174 ГК РФ основанию предоставлено только лицу, в интересах которого установлены ограничения полномочий ЕИО, так как совершение сделки прежде всего может повлечь нарушение именно его интересов. Из разъяснений постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок»¹ (далее – Постановление № 9) таким лицом, по смыслу ст. 174 ГК РФ, является само юридическое лицо. Иные лица (в том числе учредители) вправе заявлять данные иски лишь в случаях, прямо указанных в законе. Например, крупная сделка может быть оспорена не только по иску самого хозяйственного общества, но и его участника или акционера, что прямо предусмотрено п. 5 ст. 46 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью», п. 6 ст. 79 Федерального закона «Об акционерных обществах».

Объяснением такого подхода, сужающего круг лиц, наделяемых правом оспаривать рассматриваемые в данной статье сделки, по мнению О.В. Гутникова, является то, что в ст. 174 ГК РФ имеется в виду прежде всего юридический, а не экономический интерес. Заключаемые юридическим лицом сделки никак не затрагивают юридическую сферу интересов учредителей (участников), которые могут лишь экономически пострадать от непродуманных действий органов юридического лица, не получив возможные дивиденды².

Несоблюдение этого правила, т.е. предъявление иска ненадлежащим истцом, служит основанием для отказа в удовлетворении исковых требований³, что подтверждается судебной практикой⁴. Однако в судебной практике все еще встречаются решения, с которыми нельзя согласиться.

Так, в Арбитражный суд Тульской области обратилась Т.А. Семенюк с иском к ООО «ХимСнаб» и индивидуальному предпринимателю Д.А. Грачеву о признании недействительным договора о прекращении обязательства соглашением сторон от 21 июля 2010 г., заключенного между ООО «ХимСнаб» и ИП Грачевым Д.А., в результате которого было отчуждено имущество общества – ангар общей площадью 225 кв. м. Как установлено судами первой и апелляционной инстанций, участниками ООО «ХимСнаб» являются Семенюк Т.А. и Токарский А.А. с долями по 50% уставного капитала. Участник Токарский А.А. является директором, а участник Семенюк Т.А. – главным бухгалтером этого

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 14 мая 1998 г. № 9 «О некоторых вопросах применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок» // Вестник ВАС РФ. 1998. № 7.

² Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве: теория и практика оспаривания. М., 2005. С. 255.

³ Денисов С.А. Комментарий к Постановлению Пленума ВАС РФ от 14.05.1998 № 9 «О некоторых вопросах применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок» // Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Т.К. Андреева, В.В. Витрянский, С.А. Денисов и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М., 2007. Вып. 2.

⁴ См., например, постановления ФАС Волго-Вятского округа от 5 июля 2011 г. по делу № А43-13759/2010; ФАС Западно-Сибирского округа от 8 сентября 2010 г. по делу № А45-29150/2009, от 7 сентября 2010 г. по делу № А45-2095/2010, от 2 июля 2010 г. по делу № А45-29342/2009; ФАС Уральского округа от 6 сентября 2011 г. № Ф09-5659/11 по делу № А71-13326/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

общества. Согласно п. 5 Устава ООО «ХимСнаб» отчуждение и приобретение имущества единоличным исполнительным органом общества производится согласно решению общего собрания участников.

Соглашаясь с выводом суда первой инстанции о наличии оснований для удовлетворения требований истца, суд апелляционной инстанции исходил из того, что договор залога и договор о прекращении обязательств исполнением недействительны в силу ст. 174 ГК РФ, поскольку при их заключении были нарушены требования устава ООО «ХимСнаб» о необходимости одобрения собранием участников сделок по приобретению и отчуждению имущества. Кассационная инстанция подтвердила правомерность принятого решения¹.

Представляется, что участники (учредители) вправе обращаться с иском о признании недействительными сделок при наличии условий, определенных в ст. 174 ГК РФ, от имени юридического лица, ЕИО которого нарушил определенные учредительными документами полномочия. Самостоятельное обращение в суд с подобными исками возможно лишь в случаях, прямо прописанных в законе.

Поскольку в данном случае интересы контрагента по сделке могут быть нарушены правовыми последствиями признания ее недействительности, что также негативно может отразиться и на состоянии гражданского оборота, ст. 174 ГК РФ предусматривает право оспаривания сделки по указанному основанию названными выше лицами лишь при условии осведомленности контрагента по сделке о наличии указанных ограничений, которые в большинстве случаев не могут быть ему известны, так как закон не устанавливает для другой стороны сделки обязанность уведомлять об их наличии. Бремя доказывания обозначенного условия возлагается на истца, оспаривающего совершенную сделку, отсутствие доказательств или их недостаточность является основанием для отказа в удовлетворении иска.

На начальном этапе применения норм ГК суды признавали достаточным упоминание в оспариваемом договоре, что ЕИО действует на основании устава юридического лица, однако после принятия ВАС РФ Постановления № 9 практика судов претерпела изменения. Как следует из названного судебного акта, «ссылка в договоре, заключенном от имени организации, на то, что лицо, заключающее сделку, действует на основании устава данного юридического лица, должна оцениваться судом с учетом конкретных обстоятельств заключения договора и в совокупности с другими доказательствами по делу. Такое доказательство, как и любое другое, не может иметь для арбитражного суда заранее установленной силы и свидетельствовать о том, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанных ограничениях». Например, в одном из судебных решений по делу об оспаривании сделки по оказанию аудиторских услуг суд признал доказанным обстоятельство осведомленности исполнителя об ограничениях полномочий ЕИО заказчика, учитывая, что при подготовке аудиторского заключения в его распоряжении имелись все необходимые документы. В другом случае, рассматриваемом в качестве примера О.В. Гутниковым, контрагентом акционерного общества в сделке выступал его акционер — физическое лицо. В силу этого суд предположил, что ему должно было быть известно о содержании

¹ Постановление ФАС Центрального округа от 11 августа 2011 г. по делу № А68-10062/10. Аналогичный подход имеет место в постановлении ФАС Московского округа от 25 октября 2010 г. № КГ-А40/10868-10 по делу № А40-6973/10-131-77 // СПС «КонсультантПлюс».

учредительных документов акционерного общества, в которых ограничены полномочия генерального директора¹.

Как отмечает А.П. Сергеев, в обоснование указанного обстоятельства могут быть приведены любые допустимые процессуальным законодательством доказательства. В частности, допустимы ссылки на представление контрагенту своих учредительных документов; на то, что содержание этих документов должно быть известно контрагенту как участнику (акционеру) данного юридического лица; на то, что вопрос об этих ограничениях уже возникал ранее или обсуждался в процессе переговоров, и т.п.²

Полномочия ЕИО на совершение сделки могут быть ограничены не только в уставе, но и в иных внутренних документах юридического лица (например, в договоре с генеральным директором (директором), положении о нем). Согласно п. 4 ст. 19 Федерального закона «О хозяйственных партнерствах» порядок деятельности единоличного исполнительного органа партнерства и принятия им решений устанавливается уставом, а также договором, заключенным между партнерством и лицом, осуществляющим функции его единоличного исполнительного органа. Соглашением об управлении партнерством могут предусматриваться необходимость дополнительного одобрения решений единоличного исполнительного органа партнерства и порядок такого одобрения.

Однако исходя из содержания ст. 174 ГК РФ, сделка может быть признана недействительной при наличии указанных в ней условий лишь в случае, когда полномочия ЕИО юридического лица ограничены в его учредительных документах. При превышении в результате совершения сделки полномочий ЕИО, ограниченных в иных внутренних документах юридического лица, возможность оспаривания такой сделки юридическим лицом рассматриваемой статьей не предусмотрена, что лишает его правовых возможностей защиты своего нарушенного интереса. В этой связи представляется необходимым расширить сферу действия ст. 174 ГК РФ включением в ее текст указания на возможность оспаривания сделок и в том случае, если при их совершении ЕИО вышел за пределы полномочий, ограниченных внутренними документами юридического лица. Такое предложение соответствует не только интересам юридического лица, но и рассмотренным выше тенденциям развития судебной практики, не признающей достаточным доказательством одно лишь указание в договоре на то, что ЕИО действует на основании Устава. Аналогичным образом, заявляя иск, истец должен представить доказательства ознакомления с иными документами, что является возможным, например, в силу п. 1 ст. 19 Федерального закона «О хозяйственных партнерствах», который предусматривает в числе полномочий исполнительного органа предоставление кредиторам и иным лицам, которые вступают в гражданско-правовые отношения с партнерством, сведений о содержании соглашения об управлении партнерством, в том числе о характере и об объеме собственных полномочий, вытекающих из такого соглашения, на совершение и(или) одобрение тех или иных действий либо сделок, а также полномочий иных органов управления, вытекающих из такого соглашения, на одобрение тех или иных действий либо сделок.

¹ Гутников О.Е. Указ. соч. С. 252.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практ. комментарий (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева и др.; под ред. А.П. Сергеева. М., 2010.

Расширение сферы действия рассматриваемой статьи предусмотрено проектом федерального закона № 47538-6/4 «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, уточняющим содержание ст. 174 ГК РФ в части возможности ограничения полномочий органа юридического лица не только учредительными, но и иными регулирующими документами. До внесения предлагаемых изменений судебными решениями сделка, совершенная лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа общества, с нарушением ограничений, установленных положением о единоличном исполнительном органе, не признается недействительной на основании ст. 174 ГК РФ².

В заключение хотелось бы обратить внимание на еще один аспект применения ст. 174 ГК РФ, буквальное толкование содержания которой сформировало устойчивую практику применения ее норм лишь в отношении двусторонних сделок. В случаях, когда полномочия ЕИО были превышены при совершении им односторонней сделки (например, по авалированию векселя), суды отказывают в иске о признании такой сделки недействительной³. Представляется, что объективных обоснований исключения в отношении названной категории сделок возможности их оспаривания не имеется по причине отсутствия другой стороны, интерес которой не может быть нарушен признанием недействительности такой сделки. Напротив, отсутствие такой возможности для совершившего сделку юридического лица необоснованно лишает его надлежащего способа защиты своих прав, что необходимо учесть при внесении изменений в ГК РФ.

С.С. Желонкин,

к.ю.н., преподаватель кафедры гражданского права,
Санкт-Петербургский университет МВД России

Отдельные вопросы учения Г.Ф. Шершеневича о недействительности сделок в современных условиях модернизации частного права

Современное представление о ничтожности и оспоримости юридических сделок в гражданско-правовой доктрине можно признать классическим. Классическая теория логическое деление недействительных сделок на две категории объясняла делением условий договора на две категории по степени их важности для его заключения: условия существования и условия силы.

Однако такое деление, как отмечал Е. Годэмэ, не соблюдалось последовательно законодательствами при установлении в законе ничтожности и оспоримости той или иной сделки⁴.

¹ <http://www.duma.gov.ru>.

² См., например, постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 февраля 2012 г. по делу № А42-814/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

³ См. постановление ФАС Уральского округа от 28 февраля 2006 г. № Ф09-119/06-С6 по делу № А34-2422/2004 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 154.

Некоторые исследователи указывали на отсутствие внутреннего юридического значения противопоставления ничтожных и оспоримых сделок, полагая, что различие сложилось исключительно на исторической почве: в Риме юридические сделки были недействительными или по цивильному праву — сделки ничтожные, или же лишались действительности в силу преторской юрисдикции — сделки оспариваемые. Это различие исчезло после того, как утратилось различие между цивильным и преторским правом¹.

Несмотря на то обстоятельство, что деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые существует уже давно в теории частного права, практического значения это почти не имело. Само понятие и законодательное закрепление ничтожных и оспоримых сделок отсутствовало в ГК РСФСР 1922 и 1964 гг., а также в Основях гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. Вместе с тем в юридической литературе такое деление существовало.

В своем поистине хрестоматийном учебнике русского гражданского права Г.Ф. Шершеневич указывал, что «недействительность сделки бывает двоякого рода:

а) абсолютная недействительность или ничтожность сделки признается тогда, когда она по закону не производит предположенных юридических последствий, как будто стороны не совершали никакого юридического акта. Если сделка признается ничтожной, то нет необходимости опровергать незаконную сделку. Никакая давность не в состоянии придать ничтожной сделке юридическую силу. Недействительны по закону акты, совершенные лицом, признанным в установленном порядке ограниченным в правах, например больным;

б) в противоположность ничтожности относительная недействительность или опровержимость не лишает сделку саму по себе юридических последствий, а приводит к этому результату только по иску или возражению заинтересованного лица. Если при ничтожности предположенные юридические последствия не наступают силою закона, то при опровержимости наступившие уже юридические последствия отпадают силою судебного решения. Сделка как при ничтожности, так и при опровержимости недействительна, но во втором случае она считается действительною, пока не будет опровергнута, так что при молчании заинтересованного лица сделка может сохранить полную свою силу. Право опровергать сделку может быть, как и всякое иное право, утрачено по давности. Различие между опровержимыми и ничтожными сделками основывается на том, какие интересы имеет в виду закон, устанавливающий недействительность: исключительно ли интерес частного лица или же также интерес всего оборота, самих участников сделки или также третьих лиц»².

В. Кудашкин, разделяя позицию Г.Ф. Шершеневича, обоснованно приходит к выводу о том, что способ признания сделок недействительными напрямую зависит от существа регулируемых общественных отношений, а именно, насколько в правовом режиме, регулирующем эти отношения, выражен публичный интерес. Ничтожность сделки нарушает непосредственно публичный интерес, а оспоримость — непосредственно частный интерес³.

С 1 января 1995 г., т.е. со дня вступления в силу части первой ГК РФ, деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые нашло свое отражение в фе-

¹ Дерибург Г. Пандекты: Т. I: Общая часть / пер. Г. фон Рехенберга; под рук. и ред. П. Соколовского. М., 1906. С. 331.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 178.

³ См.: Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. М., 2004. С. 68.

деральном законе. Естественно, что включение этих правовых категорий в ГК РФ породило много проблем как в теоретическом, так и в практическом плане, которые поставили под сомнение целесообразность включения норм о ничтожных и оспоримых сделках в федеральный закон.

Формальным юридическим основанием деления сделок на ничтожные и оспоримые считается порядок признания соответствующей сделки недействительной: оспоримая сделка недействительна в силу признания ее таковой судом; ничтожная сделка недействительна независимо от такого признания (п. 1 ст. 166 ГК РФ). Ретроспективный анализ данной нормы позволяет сделать вывод, что в основу ее содержания легли, в том числе и положения, сформулированные Г.Ф. Шершеневичем в начале XX в.

Однако способ признания сделки недействительной нельзя назвать самостоятельным основанием, поскольку он не помогает в определении вида сделки. Вопрос о том, в каком порядке должна быть оспорена сделка, можно решить только после того, как будет установлено, ничтожна она или оспорима.

Безусловно, предложенный в свое время Г.Ф. Шершеневичем подход к недействительности сделок имеет свою рациональную сущность, он подтверждает, что требование о признании оспоримой сделки недействительной может быть предъявлено только лицами, прямо указанными в законе, т.е. наличие частного интереса, а требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки может быть предъявлено любым заинтересованным лицом, в том числе по инициативе суда, т.е. интерес гражданского оборота в целом.

Тем не менее до недавнего времени законодатель не проводил различия между ничтожными и оспоримыми сделками в зависимости от характера интересов, нарушаемых той или иной сделкой: признавались ничтожными сделки, нарушающие не только публичный, общественный, но и частный интерес (это было видно на примере со сделками, совершение которых не допускалось без согласия третьих лиц).

Ситуация поменялась в связи с реформированием гражданского законодательства на современном этапе развития нашего государства. Так, например, проект федерального закона № 47538-6/4 «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ содержит положения, касающиеся частного и публичного интереса при применении норм о недействительности сделок. В проекте в частности указывается, что «суд вправе применить последствия недействительности ничтожной сделки по своей инициативе в случаях, когда это необходимо в целях защиты публичных интересов...» (п. 4. ст. 166 ГК РФ в редакции проекта закона). Остается надеяться, что в процессе довольно сложной законодательной процедуры принятия проекта изменений в ГК РФ соответствующие поправки будут приняты.

При этом способ признания сделки недействительной в зависимости от наличия частного или публичного интереса, лежащий в основании классификации, в известной мере носит условный характер, так как в гражданских правоотношениях частный интерес зачастую непосредственно переплетается с публичным интересом. Так, в случае совершения сделки под влиянием обмана налицо не только нарушение прав и законных интересов потерпевшей стороны, но и заинтересованность всех участников оборота в выявлении недобросовестности его участника. Как бы то ни было,

¹ Проект Федерального закона № 47538-6/4 «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в ред., подготовленной ГД ФС РФ ко II чтению 21 января 2013 г.) (URL:<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=101665>).

подобная сделка может быть признана недействительной по иску самого потерпевшего, что связано не только с частным или публичным интересом, но и с тем, что в большинстве случаев только потерпевший или заинтересованное лицо обладает всей достоверной информацией об обстоятельствах совершения данной сделки.

Полагаем, что способ признания сделки недействительной мог бы работать в качестве самостоятельного критерия только в одном случае: если все ничтожные сделки — это сделки с очевидными нарушениями, а все оспоримые — с неочевидными (спорные либо бесспорные). Иначе этот критерий использован быть не может. Но по такому критерию ничтожные и оспоримые сделки ни в действующем, ни в прежнем законодательстве не разделялись.

В заключение хотелось бы отметить, что в период реформирования гражданского законодательства основные положения, сформулированные Г.Ф. Шершеневичем более 100 лет назад в его учении о юридических фактах относительно сделки в целом и недействительности сделки в частности, не теряют своей актуальности и в наши дни, обеспечивая заданный вектор модернизации частного права на современном этапе развития российского государства.

А.В. Каменщиков,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Развитие идей Г.Ф. Шершеневича в построении российской правовой модели противодействия антисоциальным сделкам

Сегодня в юридическом сообществе широко обсуждаются поистине революционные поправки к ГК РФ, опубликованные для обсуждения на сайтах ВАС РФ и Исследовательского центра частного права¹. Большие модификации предлагается внести в том числе в раздел I ГК РФ, регулирующий вопросы недействительности сделок, и в частности вопрос о недействительности сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности по ст. 169 ГК РФ.

Напомним, что действующая редакция ст. 169 ГК РФ предусматривает, что сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна, и ее совершение влечет конфискацию всего полученного по сделке с виновной стороны в доход государства. Проект изменений в ГК РФ в ст. 169 предлагает признавать недействительными сделки, противные основам правопорядка и нравственности, и применять общие реституционные последствия, а в случаях, предусмотренных законом, применять конфискационные санкции или иные правовые последствия.

Учитывая актуальность данной проблематики, полагаем полезным проследить зарождение и развитие такого правового явления, как российская правовая модель противодействия антисоциальным сделкам, одним из первых исследователей которой в России является Г.Ф. Шершеневич.

¹ http://www.privlaw.ru/index.php?section_id=100.

Характеризуя невозможность, препятствующую признанию за соглашением силы договора по законодательству Российской империи, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что она бывает физическая, юридическая и нравственная. При этом указанная им юридическая и нравственная невозможность действительности договора составляет сегодня основу российской правовой модели противодействия антисоциальным сделкам, закреплённой в ст. 169 ГК РФ.

Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что содержание воли контрагентов должно отвечать установленному правовому порядку, иначе силе договора окажет препятствие юридическая невозможность его исполнения. По его мнению, договор недействителен, если побудительная причина к заключению его есть достижение цели, законами запрещённой, как то когда договор клонится: 1) к расторжению законного супружества (таковым, например, рассматривалось соглашение супругов о том, чтобы не жить вместе и никогда не требовать сожителства); 2) к «подложному переукреплению» имущества во избежание платежа долгов (под этим понималось отчуждение должником своего имущества с целью избежания уплаты долгов, в частности фиктивная распродажа имущества перед объявлением банкротства); 3) к «лихоимственным изворотам» (под которыми понимались сделки, совершенные в обход законодательного запрета на ростовщические сделки); 4) к присвоению частному лицу такого права, которого оно по состоянию своему иметь не может; 5) к вреду государственной казне¹.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, соглашение контрагентов может встретиться и с нравственной невозможностью, и это обстоятельство, как препятствие для силы договора, признается и нашим законодательством. При этом автор замечает, что нравственные понятия подлежат изменению и проникают в сознание общества или исчезают из него постепенно, поэтому, с практической точки зрения, только договоры, нарушающие общественную нравственность в поражающей степени, будут признаны недействительными².

Сформулированные Г.Ф. Шершеневичем идеи о недействительности договора, заключённого с целью, противной установленному правовому порядку и общественной нравственности, стали основой для построения различных типов правовой модели противодействия антисоциальным сделкам в российском гражданском праве.

Прежде всего данные идеи хотели поддержать разработчики проекта Гражданского уложения Российской империи. В ст. 94 этого созданного, но не увидевшего свет проекта предусматривалось, что недействительны сделки, противные закону, добрым нравам или общественному порядку³. «Не подлежит сомнению, что «общественный порядок» мыслится здесь как нечто отличное от того порядка, который определен положительным законом»⁴, — писал И.А. Покровский. Таким образом, было задумано ввести в отечественное гражданское право категорию, известную зарубежным правопорядкам, — «добрые нравы». Кроме того, была заложена идея служения гражданского права общественному порядку⁵.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 306.

² См. там же. С. 307–308.

³ См.: Кодификация российского гражданского права. Екатеринбург, 2003. С. 340.

⁴ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 252.

⁵ См. подробно анализ ст. 94 проекта Гражданского уложения в сравнении с § 138 ГГУ: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. М., 2004. С. 281.

Необходимо отметить, что ни Свод законов Российской империи, ни проект Гражданского уложения не предусматривали в качестве санкции за совершение антисоциальных сделок взыскание всего полученного по такой сделке в доход государства. Вопрос об отраслевой принадлежности имущественных взысканий в доход государства за предоставления по недействительным сделкам и о целесообразности закрепления подобных штрафных санкций в гражданском законодательстве возникал при разработке проекта Гражданского уложения. Однако большинством голосов членов редакционной комиссии было решено, что «гражданские законы устанавливают санкцию отдельных норм лишь в том отношении, что признают недействительными заключенные вопреки закону сделки. Что же касается иных невыгодных последствий, как, например, наказание, гербовый штраф и т.п., то эти последствия лежат вне области гражданских законов, и упоминать о них в Гражданском уложении нет основания»¹.

Таким образом, на наш взгляд, в дореволюционный период соотношение частных и публичных интересов в российской правовой модели противодействия антисоциальным сделкам можно признать сбалансированным без чрезмерного конфискационного вмешательства публичных интересов при неопределенности характеристики антисоциальных целей сделки.

Современная правовая модель противодействия антисоциальным сделкам, изложенная в ст. 169 ГК РФ, указывает на недействительность сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности, с применением конфискационной санкции, и, соответственно, налицо преемственность основных положений, содержащихся в аналогичных нормах ранее действовавшего законодательства в России².

В целом, характеризуя современную правовую модель противодействия антисоциальным сделкам, закреплённую в ст. 169 ГК РФ, можно заключить, что хотя она и является синтезом правовых моделей советского и дореволюционного периода, но соотношение частных и публичных интересов в данной модели оставлено в пользу публичных интересов, когда при неопределенности антисоциальных целей продолжает применяться конфискационная санкция.

С сожалением следует отметить, что сформулированные Г.Ф. Шершеневичем идеи о недействительности договора установленному правовому порядку и общественной нравственности, послужившие основой для построения современной правовой модели противодействия антисоциальным сделкам в российском гражданском праве, пока не нашли своего должного развития.

На наш взгляд, все предложения по реформированию ст. 169 ГК РФ не смогли разрешить главной проблемы правового регулирования — об устранении правовой неопределенности указанной нормы, так как именно неопределенность содержания правовой нормы в действующей редакции ст. 169 ГК РФ допускает возмож-

¹ Журналы Редакционной комиссии, Высочайше учрежденной для составления проекта Гражданского уложения. Проект книги I (положения общие). (Заседания Комиссии с 5 октября 1901 г. по 22 марта 1902 г.). СПб., 1904. С. 250. За такое решение высказались П.А. Юренев, А.Ф. Поворинский, А.И. Лыкошин, И.Я. Ильяшенко.

² См.: Шестакова Н.Д. Недействительность сделок / предисл. С.М. Казанцев, Н.А. Чечина. СПб., 2008. С. 32.

ность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и может приводить к произволу в пользу публичных интересов¹.

В этой связи исследование дореволюционной правовой модели противодействия антисоциальным сделкам в России, проведенное Г.Ф. Шершеневичем, по-прежнему является актуальным и имеет важное теоретическое значение для науки.

П.В. Кочергин,

к.ю.н., директор ООО «Юридическая компания “Кочергин и партнеры”»
(г. Ростов-на-Дону)

Оспаривание обеспечительных сделок должника по мотиву злоупотребления правом при совершении сделки

1. Спор о правовом значении злоупотребления правом, его влиянии на действительность юридических актов, совершаемых субъектами гражданских правоотношений, имеет большую историю. Как следствие в литературе отсутствуют единые подходы к соотношению институтов недействительности сделок и злоупотребления правом.

По мнению Н.С. Малеина, «возможно одно из двух: или субъект действует «в границах принадлежащего ему права», тогда он не злоупотребляет своим правом, или он выходит «за пределы, установленные законом», тем самым нарушая закон, тогда имеет место элементарное правонарушение, за которое должна следовать ответственность».

В.В. Витрянский, например, истинным определением злоупотребления правом считает только понятие шиканы. Норму о запрете иных форм злоупотребления правом, по его мнению, применить при разрешении конкретных споров в принципе невозможно.

К числу противников недействительности сделки как последствия злоупотребления правом относился и Г.Ф. Шершеневич, который в свое время указывал, что ошибочность идеи о недействительности сделки в результате злоупотребления правом в конечном счете коренится в забвении того факта, что сделка не является реализацией субъективного права.

В советский период наиболее значительным сторонником возможности недействительности сделки по мотиву злоупотребления правом при ее совершении являлся В.П. Грибанов.

В современный период возможность признания сделок недействительными по мотиву злоупотребления правом на уровне диссертации доктора юридических наук обосновывается А.В. Волковым.

А.А. Малиновский в дополнение к высказанным подходам полагает, что сделки, совершенные с целью, заведомо противной основам правопорядка или нрав-

¹ Подробнее об этом см.: *Каменищikov А.В.* Сделки, совершенные с целью, противной основам правопорядка и нравственности, в проекте концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2010. № 5. С. 58–61; *Он же.* Недействительность сделки, совершенной с целью противной основам правопорядка и нравственности: проблемы правового регулирования и способы их решения // Вестник экономики, права и социологии. 2011. № 2. С. 110–114.

ственности (ст. 169 ГК РФ); мнимые и притворные сделки (ст. 170 ГК РФ); кабальные сделки (ст. 179 ГК РФ) и другие относятся к формам злоупотребления правом, упомянутым в ст. 10 ГК РФ.

Очевидно, что названный расширительный подход к сделкам, совершенным со злоупотреблением правом, перекликается с европейской доктриной добрых нравов и публичного порядка в договорном праве.

Так, к противоречащим добрым нравам согласно немецкой доктрине относятся сделки, связанные с установлением чрезмерных гарантий в пользу одного из кредиторов (так как такие гарантии влекут угрозу другим кредиторам), сделки, побуждающие к нарушению договора, или сделки, направленные на нарушение интересов третьих лиц, ростовщичество (*Wucher*), поручительство близких родственников, вознаграждение без исполнения, сделки, имеющие целью отмыwanie денег, злоупотребление монопольным положением на рынке, кабальные сделки.

Однако нам представляется более обоснованным подход, согласно которому запрет на совершение сделок в нарушение добрых нравов (*gegen guten Sitten*) не должен выступать в качестве генеральной клаузулы для признания недействительными сделок, совершенных со злоупотреблением правом.

«Различие незаконных и антисоциальных сделок состоит прежде всего в том, что последние не «просто» нарушают закон (или совершаются с целью его нарушения, в том числе путем «обхода»), но посягают на основы правопорядка, т.е. основные начала, принципы общественной, политической и экономической организации нашего общества, либо на его нравственные устои («основы нравственности»). Дело может, например, касаться нарушающих государственную монополию сделок купли-продажи оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ, а также других видов имущества, изъятого из гражданского оборота или ограниченного в обороте в соответствии с федеральными законами (п. 2 ст. 129 ГК РФ)».

В этой связи абсолютно правомерным представляется разъяснение, содержащееся в п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 10 апреля 2008 г. № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением статьи 169 Гражданского кодекса Российской Федерации», согласно которому при рассмотрении требований, связанных с оспариванием сделок, совершенных лицом в преддверии возбуждения в отношении него дела о банкротстве или лицом, находящимся в процедуре несостоятельности (банкротства), судам следует учитывать, что совершение должником сделок с заинтересованными лицами; сделок с отдельными кредиторами либо иными лицами с целью преимущественного удовлетворения требований одних кредиторов перед другими кредиторами; сделок, цена и иные условия которых существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки, само по себе не является основанием для квалификации таких сделок как ничтожных в соответствии со ст. 169 ГК РФ.

Указанные сделки могут быть оспорены по основаниям, специально установленным законом (ст. 103 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», ст. 28 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»). Кроме того, применение в подобных случаях последствий недействительности сделки, предусмотренных ст. 169 Кодекса, в виде взыскания, полу-

ченного по сделке в доход Российской Федерации, означало бы нарушение интересов кредиторов должника.

2. Злоупотребление правом при совершении сделки как основание для признания сделки недействительной на уровне обобщения впервые упомянуто в п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127, в котором содержится следующее разъяснение: «Поскольку при заключении договоров купли-продажи покупателем было допущено злоупотребление правом, данные сделки признаны судом недействительными на основании пункта 2 статьи 10 и статьи 168 ГК РФ».

Как нам представляется, приведенное разъяснение является наиболее актуальным при рассмотрении обособленных дел в рамках дела о банкротстве.

Действующие в настоящий момент правовые позиции Высшего Арбитражного Суда РФ последовательно подчеркивают активную роль суда при рассмотрении дел о банкротстве.

Применительно к установлению требований кредиторов данная тенденция может быть прослежена на примере п. 26 постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве», согласно которому суд обязан самостоятельно, вне зависимости от доводов и позиции лиц, участвующих в деле о банкротстве, исследовать достаточность доказательств для включения заявленного требования в реестр требований кредиторов несостоятельного должника.

Выросла роль суда и при признании недействительными сделок должника. В соответствии с п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «судам следует иметь в виду... что наличие в Законе о банкротстве специальных оснований оспаривания сделок, предусмотренных статьями 61² и 61³, само по себе не препятствует суду квалифицировать сделку, при совершении которой допущено злоупотребление правом, как ничтожную (статьи 10 и 168 ГК РФ), в том числе при рассмотрении требования, основанного на такой сделке».

Таким образом, в настоящее время в целях признания сделки недействительной по мотиву злоупотребления правом при ее совершении суд более не связан доводами и позицией конкурсного управляющего и кредиторов и вправе применить последствия недействительности ничтожной сделки самостоятельно (п. 2 ст. 166 ГК РФ).

Если же судами по каким-то причинам обстоятельствам дела не дается оценка с точки зрения возможного злоупотребления правом при совершении сделки, то это служит основанием для отмены судебных актов нижестоящих инстанций и направления дела на новое рассмотрение (постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 30 марта 2012 г. по делу № А45-11177/2010, ФАС Поволжского округа от 27 сентября 2012 г. по делу № А55-2/2010).

Оспаривание обеспечительных сделок (зalog, поручительство) в качестве сделок должника как ничтожных по мотиву злоупотребления правом при совершении сделки соответствует практике, сложившейся практически по всем арбитражным округам (постановления Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 10254/10 по делу № А45-808/2009; от 22 марта 2011 г. № 14995/10 по делу № А50-39013/2009; ФАС Восточно-Сибирского округа от 20 марта 2012 г. по делу № А19-18569/10; ФАС Поволжского округа от 24 октября 2011 г. по делу № А55-34343/2009; ФАС Центрального округа от 20 апреля 2012 г. по делу № А14-1164/2011).

3. В ходе рассмотрения обособленных дел в рамках дела о банкротстве по оспариванию сделок должника по мотиву злоупотребления правом при их совершении возникает вопрос о квалификации недействительной сделки (ничтожной либо оспоримой).

При рассмотрении дел о признании сделок недействительными сложилась следующая обоснованная позиция.

Если заявлен иск о признании сделки ничтожной по определенным основаниям, но фактические обстоятельства, указанные истцом, свидетельствуют о ничтожности либо оспоримости сделки по другим основаниям, суд вправе по тем фактическим основаниям, которые указаны истцом, изменить данную истцом квалификацию недействительности (признать сделку оспоримой или ничтожной по иному правовому основанию) (постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 11 июля 2006 г. № Ф08-3056/2006 по делу № А15-963/2005). Окончательная же квалификация недействительной сделки как оспоримой или ничтожной сделки является прерогативой суда (постановление ФАС Московского округа от 5 декабря 2012 г. по делу № А40-155746/09-38-772Б).

Между тем судебные коллегии нередко квалифицируют одну и ту же недействительную сделку одновременно и как оспоримую (по специальным «банкротным» основаниям), и как ничтожную (по общим основаниям).

По нашему мнению, этот подход обусловлен юридической техникой п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63, а именно использование формулировки «не препятствует».

Данный подход не соответствует дихотомическому делению недействительных сделок на ничтожные и оспоримые.

Важность квалификации недействительной сделки в качестве оспоримой или ничтожной, как известно, связана с применением исковой давности. «...По требованию о применении последствий недействительности ничтожной сделки» она составляет три года, исчисляемых с момента начала исполнения сделки, а «по требованию о признании оспоримой сделки недействительной и о применении последствий ее недействительности» — один год, исчисляемый с момента, когда лицо узнало либо должно было узнать о том, что его право нарушено.

Применительно к договорам ипотеки (залога недвижимости) в практике обоснованно сложился подход, согласно которому момент начала исполнения договора ипотеки связан с моментом государственной регистрации договора ипотеки. Этот момент, с одной стороны, свидетельствует о заключении договора ипотеки (залога недвижимости), а с другой — об исполнении обязательства залогодателя передать имущество в залог. Применительно к договорам поручительства этот момент связан с принятием поручителем на себя обязательств по договору поручительства.

Причем для внешнего (конкурсного) управляющего сроки исковой давности по ничтожным сделкам, недействительным по основанию злоупотребления правом при совершении сделки текут не с момента его утверждения, а с момента начала исполнения ничтожных сделок.

Так, при рассмотрении конкретного дела суд установил, что «в нарушение указанных разъяснений суды признали договор поручительства от 20 ноября 2008 г. недействительным на основании ст. 168 ГК РФ, а также п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8... По-

скольку вопрос о начале течения срока исковой давности не исследовался судами с учетом того, что договор поручительства представляет собой оспоримую сделку, обжалуемые судебные акты следует отменить и направить дело на новое рассмотрение» (постановление ФАС Северо-Западного округа от 22 февраля 2011 г. по делу № А42-159/2010).

Не всегда удается судам избежать двойной квалификации недействительной сделки (одновременно оспоримой и ничтожной) и при рассмотрении исков акционеров по оспариванию поручительств: сделка признается оспоримой по мотиву крупности и при этом ничтожной — притворной сделкой как «сделка, прикрывающая безэквивалентный вывод активов общества и искусственно создающая денежные обязательства» (постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19 ноября 2012 г. по делу № А53-7965/2012). Несмотря на то, что в приведенном случае суд назвал сделку притворной, очевидно, что по сути она является сделкой, при совершении которой было допущено злоупотребление правом. Апелляционный суд ссылается на соответствующую практику ВАС РФ. Исчисление сроков исковой давности при рассмотрении данного дела осуществлялось применительно к признанию недействительными оспоримых сделок.

4. Фактические основания, свидетельствующие о злоупотреблении правом при совершении сделки.

Выявление признаков недействительности сделки по данному основанию имеет первостепенное значение. Возможно, данный вопрос нужно было поставить на первое место.

Аргументируя наличие признаков злоупотребления правом при совершении обеспечительной сделки суды, в частности, предлагают следующие признаки.

— Заключение договора поручительства исключительно в интересах кредитора (Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2011 г. № 14995/10 по делу № А50-39013/2009).

В обычной ситуации, не связанной с процедурами банкротства, довод о том, что договор поручительства заключен исключительно в интересах кредитора, вряд ли может вызвать какие бы то ни было возражения. Ведь в чих еще юридически значимых интересах, кроме кредитора, может быть выдано поручительство? Тот факт, что банки в качестве условия предоставления кредита требуют обеспечение в форме поручительства, не может свидетельствовать о том, что поручительство выдается в интересах должника.

— Общество злоупотребило своим правом на свободу заключения договора, которое выразилось в недобросовестном поведении должника, направленном на возложение необоснованного бремени ответственности на предприятие по обязательствам третьего лица.

Собственно говоря, во всех случаях поручитель является третьим лицом по отношению основному должнику. Такова конструкция поручительства. Поручитель никогда не является получателем денежных средств, однако всегда принимает на себя бремя ответственности. В такой ситуации спрашивается, в чем заключается необоснованность и как следствие порочность поручительства? Ведь законодательно не требуется (хотя и допускается практикой) заключение соглашения о предоставлении поручительства. Таким соглашением возможно предусмотреть, в частности, получение вознаграждения за выдачу поручительства.

— Увеличение кредиторской задолженности должника в нарушение как его собственных прав, так и законных интересов его добросовестных кредиторов.

Предоставление поручительства не всегда влечет увеличения кредиторской задолженности, поскольку до момента нарушения основного обязательства требования к поручителю предъявлены быть не могут. Определять же признаки недействительности сделки не на момент ее совершения, а исходя из более поздних событий, законодатель не позволяет. Приоритет в защите законных интересов добросовестных кредиторов должника по сравнению с интересами кредитора по договору поручительства также не основан на нормах права.

— На дату заключения спорных договоров банк знал и имел реальную возможность и обязанность узнать о тяжелом финансовом положении общества и злоупотреблении должником своим правом (постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 18 июля 2012 г. по делу № А53-9522/2011).

Знание (либо его возможность) о тяжелом финансовом положении поручителя вряд ли может служить достаточным основанием для фактической констатации порока в заключенном договоре поручительства.

Таким образом, в судебной практике наметились две, на наш взгляд, противоположные тенденции в рассмотрении споров по искам о признании недействительными обеспечительных обязательств.

С одной стороны, наметилась тенденция к усложнению оспаривания обеспечительных сделок на основе идеи ограничения акцессорности обеспечительных обязательств, которая нашла свое воплощение, в частности, в постановлении Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».

С другой стороны, при рассмотрении дел о банкротстве наметилась противоположная тенденция к упрощению оспаривания обеспечительных сделок по мотиву злоупотребления правом при совершении сделки.

К сожалению, такая ситуация не может быть признана соответствующей принципу формальной определенности и не содействует стабильности гражданского оборота.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

А.А. Ананьева,

к.ю.н., доцент, и.о. зав. кафедрой
гражданского и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Фрахтование: подход законодателя должен быть единым

В нашей стране продолжается масштабная реформа гражданского законодательства, основы которой были заложены Указом Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации». Тем не менее вне поля зрения Концепции развития гражданского законодательства РФ остался це-

лый ряд проблем, в том числе обязательственного права. В рамках настоящей статьи мы сконцентрируем внимание на проблемах, связанных с функционированием и развитием института фрахтования, крайне востребованным на сегодняшний день.

В первую очередь отметим, что легальное определение договора фрахтования, содержащееся в ст. 787 ГК РФ, не соответствует существу чартера, его реальной конструкции, что служит одной из ключевых причин отсутствия единого системного подхода к фрахтованию в транспортном законодательстве и, соответственно, значительного расхождения в правовом закреплении различных видов чартера (морского, воздушного, автомобильного и т.д.).

Так, законодатель подходит к формулированию морского чартера как разновидности договора морской перевозки груза, а не разновидности договора перевозки вообще. В ст. 2 КТМ РФ указывается, что «договор морской перевозки груза может быть заключен: 1) с условием предоставления для морской перевозки груза всего судна, части его или определенных судовых помещений (чартер); 2) без такого условия». Возможность же заключения договора фрахтования вместимости морского судна с целью перевозки пассажиров и их багажа КТМ РФ вообще обходит стороной.

КТМ РФ говорит об использовании договора фрахтования (термин «чартер» в Кодексе не упоминается) как для перевозки груза (п. 4 ст. 67), так и для перевозки пассажира и багажа (п. 6 ст. 95). При этом само понятие договора фрахтования конструируется по отношению к перевозке груза и пассажиров в кодексе по-разному: применительно к перевозке груза Кодекс повторяет положения КТМ РФ, предусматривая к тому же для фрахтователя такой же объем прав и обязанностей, что и для грузоотправителя.

В ст. 97 КТМ РФ содержится понятие договора фрахтования применительно к перевозке пассажира: «по договору фрахтования судна одна сторона (фрахтовщик) обязуется предоставить другой стороне (фрахтователю) за обусловленную плату для выполнения одного или нескольких рейсов определенные помещения судна». Таким образом, здесь законодатель в целом исходит из конструкции, использованной в ГК РФ. Правда, в отличие от последнего он закрепил, что для выполнения рейсов может быть предоставлено помещение судна, а не его вместимость, как это следует из ст. 787 ГК РФ, что конечно же вызывает обоснованную критику.

Воздушный кодекс РФ (ст. 104) определяет договор воздушного чартера следующим образом: «по договору фрахтования воздушного судна (воздушному чартеру) одна сторона (фрахтовщик) обязуется предоставить другой стороне (фрахтователю) за плату для выполнения одного или нескольких рейсов одно или несколько воздушных судов либо часть воздушного судна для воздушной перевозки пассажиров, багажа, грузов или почты». Таким образом, и здесь законодатель несколько отошел от предложенной в ГК РФ модели.

Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта РФ не дает понятия договора фрахтования как такового. Применительно к перевозке пассажиров и багажа Устав говорит о таких его трех разновидностях, как регулярные перевозки, перевозки по заказам и перевозки легковыми такси, последние два из которых он относит по смыслу к договорам фрахтования. В целях перевозки груза Устав также предлагает использование договора фрахтования: в соответствии со ст. 18 Устава «перевозка груза с сопровождением представителя грузовладельца, перевозка груза, в отношении которого не ведется учет движения товарно-ма-

териальных ценностей, осуществляются транспортным средством, предоставляемым на основании договора фрахтования, заключаемого в письменной форме».

Оставив вне рамок данной статьи подробное исследование каждого из указанных видов чартера, отметим, что реальная конструкция договора фрахтования совпадает применительно ко всем видам перевозок: фрахтовщик принимает на себя обязанность выполнить перевозку, предоставляя в целях такой перевозки вместимость транспортного средства. Законодатель же, на наш взгляд, оставляя за пределами транспортных уставов и кодексов единую для всех договоров фрахтования конструкцию, лишь усложняет и так непростую ситуацию, сложившуюся вокруг правовой регламентации отношений по договору фрахтования. Без сомнения, специфика каждого из рассматриваемых видов фрахтования должна быть законодательно оформлена, в частности, к таковым можно отнести перевозочные документы, условия договора и т.д., но общий подход должен быть выдержан законодателем.

Для этого должна быть кардинально изменена и конструкция договора фрахтования, используемая в ГК РФ. Назрела необходимость сформулировать общую для всех видов чартера конструкцию в ст. 787 ГК РФ исходя из реальной конструкции договора. Так, мы предлагаем расширить понятие договора чартера, включив в него обязанность фрахтовщика осуществить транспортировку, т.е. выполнить чартерную перевозку. Например, могло бы использоваться следующее определение понятия чартер: по договору фрахтования (чартер) фрахтовщик обязуется выполнить чартерную перевозку на условиях, определенных сторонами, с предоставлением всей или части вместимости транспортного средства фрахтователю, а фрахтователь обязуется оплатить такую перевозку. В транспортных же уставах и кодексах специфика каждого из видов чартера должна быть изложена в соответствии с таким общим пониманием договора фрахтования.

В заключение хотелось бы выразить надежду на то, что намеченная в Концепции развития гражданского законодательства РФ политика комплексной модернизации гражданского законодательства в будущем коснется и тех его уголков, которые пока остались без внимания.

Е.В. Ахтямова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Институт права, Башкирский государственный университет

Эволюция понятия туристского продукта в Законе «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» и его определение в туристской практике

Терминология в сфере туристской деятельности претерпевает существенные изменения в связи с динамичным развитием туризма в России, появлением новых его видов и отраслей. Однако принятие поправок в Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о туристской

деятельности), и в терминологический состав в том числе, не внесли определенности, а положили начало новым спорам как со стороны правоведов, так и со стороны специалистов сферы туризма.

Как справедливо замечено К.С. Свиридовым, эти обстоятельства создают определенные сложности как в процессе правового регулирования общественных отношений в области туризма. Данную позицию поддерживают и специалисты в сфере туристских услуг. Так, М.Б. Биржаков указывает на необходимость «согласованных и принятых за основу определений, понятий, терминологии».

Понятие туристского продукта, с учетом поправок в Закон о туристской деятельности, претерпело существенное изменение. Ранее, в ст. 1 Закона о туристской деятельности туристский продукт определялся как право на тур, предназначенное для реализации туристу, а соответственно сам тур — как комплекс услуг по размещению, перевозке, питанию туристов, экскурсионные услуги, а также услуги гидов-переводчиков и другие услуги, предоставляемые в зависимости от целей путешествия.

Изучая феномен такого определения турпродукта, Ю.А. Чененов обосновывал его тем, что в ст. 6 Закона о туристской деятельности существовала прямая отсылка на договор купли-продажи с туристом. И слабое звено в данной ситуации, как справедливо отмечает он, — безоговорочное признание турпродукта (права на тур) имущественным правом, которое подлежит продаже.

И хотя в правовой доктрине известна классификация туристских услуг на вещественные (связанные с использованием туристом вещей при получении услуги, например, транспортные, услуги по размещению и др.) и невещественные (чистые услуги — отражаются в сознании туриста и трансформируются в определенные знания, например, экскурсионные услуги), тем не менее, имущественное право по своей природе должно быть связано с правом на вещь, а в данном случае речь идет о праве на получение услуг.

Представляется, что изначально появление такого понятия туристского продукта было вызвано тем обстоятельством, что реализация тура, как правило, не совпадает с моментом заключения договора и оплатой услуги. Тем не менее это не превращало реализацию тура в реализацию права на него.

Закон о туристской деятельности в нынешней редакции определил туристский продукт как комплекс услуг по перевозке и размещению, оказываемых за общую цену (независимо от включения в общую цену стоимости экскурсионного обслуживания и(или) других услуг) по договору о реализации туристского продукта, а понятие «тур» из терминологического состава Закона о туристской деятельности исключено. В связи с этим Роспотребнадзор в разъяснительном письме «Об особенностях правоприменительной практики, связанной с обеспечением защиты прав потребителей в сфере туристического обслуживания» пояснил, что данное определение туристского продукта соответствует положениям п. 2 ст. 779 ГК РФ, определившей соответствующий предмет гражданских сделок как «услугу по туристическому обслуживанию».

Таким образом, законодатель дал узкое толкование туристского продукта, не учитывая его сложный состав и особенности. В частности, определяя туристский продукт как комплекс услуг только по перевозке и размещению, исключаются его применение к определенным видам туризма, например экологическому туризму, где перевозка туриста не предусмотрена в комплексе оказываемых ему услуг.

Тем самым деятельность туроператоров внутреннего и въездного туризма ставится под сомнение, поскольку комплекс услуг, где нет перевозки туриста, по смыслу Закона о туристской деятельности уже не будет именоваться туристским продуктом.

Следующий момент, на котором необходимо заострить внимание, – это отсутствие легального определения договора о реализации туристского продукта. Ни ГК РФ, ни Закон о туристской деятельности не содержат конкретных определений этого договора. Кроме того, он даже не имеет общепринятого наименования в международной практике и торговле. Единственным международным правовым актом, содержащим унифицированные нормы, посвященные рассматриваемому договору, является Международная конвенция по контракту на путешествие, принятая в 1970 г., но не вступившая в силу.

Кроме того, полагаем, что законодатель не совсем верно использовал в данном случае слово «продукт», так как оно обозначает в основном результат выполнения какой-либо работы или же используется в отношении продовольствия (продуктов питания). В любом случае слово «продукт» обозначает вещь (предмет материального мира), а услуги являются нематериальными. Представляется, что было бы вернее использовать слово «тур» либо словосочетания «туристические услуги» или «туристическое обслуживание», исходя из формулировок п. 2 ст. 779 ГК РФ, что обеспечило бы соблюдение единства терминологии в рамках одной отрасли права.

Представляется, что исключение из положений Закона о туристской деятельности понятия «тур» не совсем оправданно. Дело в том, что, исходя из сложившейся практики в сфере туризма, данное понятие широко используется во взаимоотношениях между туроператорами и исполнителями услуг, а также турагентами.

Специалисты в сфере туризма справедливо разделяют тур и туристский продукт как два самостоятельных понятия. Так, В.А. Квартальнов и И.В. Зорин понимают под туристским продуктом специально организованную туроператором программу рекреационной деятельности и туристского обслуживания, реализуемую на туристском рынке как самостоятельный продукт. Понятие тура, по их мнению, имеет несколько значений и одним из них является определение его как первичной единицы туристского продукта, реализуемой как единое целое, продукт труда туроператора.

Свою точку зрения на определение турпродукта дал Г.А. Яковлев, определяя его в широком смысле слова как комплекс товаров, работ и услуг, в совокупности образующий туристскую поездку (тур) или имеющий к ней непосредственное отношение, а в узком смысле слова – как услуги каждого конкретного сектора туристской индустрии (например, гостиничный продукт, туристский продукт туроператора, транспортного предприятия и т.д.).

М.Б. Биржаков, обосновывая комплексную природу туристского продукта, выделяет основные составляющие: комплекс туристских услуг (услуги организаторов туризма – туроператоров и туристских агентов, услуги перевозчиков, услуги системы гостеприимства и общественного питания, услуги предприятия системы аттракций, другие услуги, относящиеся к категории туристских); товары, потребляемые в путешествии, и товары, потребляемые вне рамок путешествия и работы, сопровождающие процесс потребления туристских услуг.

При этом Г.А. Яковлев под товарами понимает специфическую материальную часть туристского продукта, включающую туристские карты городов, открытки,

сувениры, туристское снаряжение и иную неспецифическую материальную часть туристского продукта, куда входит большое число товаров, которые являются дефицитными или более дорогими в местах постоянного проживания туристов. К работам он относит все или любые виды работ предприятий туристской индустрии и смежных отраслей, прямо или опосредованно направленные на удовлетворение потребностей туристов в процессе туризма. К услугам он относит услуги предприятий банковской сферы, системы связи, проката машин, бензоколонок, организации медицинского ухода, ухода и присмотра за детьми, услуги предприятий по фотопечати и др. Взаимосвязь этих составляющих в составе туристского продукта зависит от цели туризма и уровня подготовленности и состоятельности организаторов, а также и самих туристов, которые являются основными потребителями данного туристского продукта.

Анализ основных составляющих туристского продукта позволяет сделать вывод о том, что туристский продукт — понятие комплексное и понимается как предварительно разработанная туроператором и упорядоченная совокупность необходимого комплекса туристских услуг (тура), работ, товаров и средств обеспечения, иных туристских ресурсов, достаточных для удовлетворения потребностей туриста в соответствии с целями того или иного путешествия. Соответственно, тур понимается как комплекс, состоящий из туристской услуги, включающей как минимум две основные услуги в сочетании с дополнительными услугами (экскурсионные услуги, аттракции, а также иные услуги), предоставляемые в зависимости от целей туризма и не являющиеся сопутствующими основным услугам. При этом тур является одной из составляющих туристского продукта как комплексной категории.

А.Р. Бадретдинова,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Договор займа с участием публично-правовых образований как юридическая конструкция и гражданско-правовой субинститут

Отечественное гражданское законодательство относит публично-правовые образования (РФ, ее субъекты и муниципальные образования) (п. 1 ст. 124 ГК РФ) к одним из участников гражданского оборота. Целью вступления их в гражданские отношения является удовлетворение публичных интересов гражданско-правовыми средствами.

К числу таковых средств относится договор займа. Г.Ф. Шершеневич следующим образом определял указанный договор: «Займом называется договор, в силу которого одно лицо обязывается возвратить взятые у другого в собственность заменимые вещи в том же количестве и того же качества». Аналогичное понимание договора займа содержится в действующем законе (п. 1 ст. 807 ГК РФ).

В данном случае публично-правовые образования, используя договор займа, получают недостающие либо предоставляют временно свободные денежные средства участникам гражданского оборота для реализации тех или иных публичных инте-

ресов. Например, РФ может предоставить своему субъекту бюджетный кредит для строительства метрополитена либо ликвидации последствий засухи.

Как видно, публичные нужды могут быть весьма разнообразными. Именно поэтому договор займа по сравнению с другими договорами, которые могут быть заключены публично-правовыми образованиями (например, договоры подряда, поставки, оказания услуг), представляет собой наиболее разносторонний правовой инструмент для удовлетворения публичных интересов.

Отмеченное свойство договора займа обеспечивается тем, что в силу положений действующего законодательства (в частности, ст. 817 ГК РФ, ст. 6, 92.3, 97, 103 Бюджетного кодекса РФ (далее – БК РФ)) по этому договору могут быть переданы только деньги. На практике в основном займы передаются денежные средства. Как известно, последние являются универсальным средством платежа, что позволяет удовлетворять максимально широкий круг публичных потребностей.

Эта отличительная особенность договора займа в совокупности с многообразием публичных интересов обеспечивает существование различных способов получения либо предоставления публично-правовыми образованиями займа. В действующем законодательстве закреплены следующие разновидности договора займа с участием публично-правовых образований: договор государственного (муниципального) займа, договор о предоставлении бюджетного кредита и договор получения публично-правовыми образованиями кредита.

В перечисленных договорах, бесспорно, существо их является единым (обязанность заемщика возратить займодавцу такую же сумму денег), также неизменным его участником являются публично-правовые образования, причем данные лица могут участвовать в договоре займа на обеих сторонах одновременно (например, бюджетный кредит). Вместе с тем направленность договора займа, в котором участвуют публично-правовые образования, на удовлетворение публичного интереса приводит к появлению в нем определенного своеобразия по всем структурным частям договора.

Особенности могут проявляться по-разному, к примеру, в ответственности сторон. В данном случае субъекты РФ и муниципальные образования, получившие бюджетный кредит от РФ, по своему положению равны с гражданами-должниками, поскольку законом предусмотрено имущество, на которое не может быть обращено взыскание (субвенции). Подобные изъятия для юридических лиц действующее законодательство не предусматривает. Соответственно, можно утверждать, что публично-правовые образования применительно к договорным отношениям обладают имущественным иммунитетом.

Специфика может присутствовать, например, в договорных процедурах. Так, для бюджетного кредита характерно наличие совокупности условий, не относящихся к процедуре заключения, однако непосредственно связанных с ней, поскольку при не соблюдении их сторонами договор может быть признан незаключенным либо недействительным (в большинстве случаев эти условия перечислены в ст. 93² БК РФ). Можно отметить и иные особенности в договоре займа с участием публично-правовых образований, однако объем статьи не позволяет сделать это.

Как видно, все особенности договора займа с участием публично-правовых образований урегулированы в нормах права, что в свою очередь вызывает особое правовое регулирование данных отношений.

При этом удельный вес правовых норм о договоре займа с участием публично-правовых образований достаточно значителен и качественно однороден по своему составу, что позволяет утверждать о сформировавшемся внутри института договора займа правовом образовании (гражданско-правовом субинституте), именуемом договором займа с участием публично-правовых образований.

Также стоит заметить, что аналогичные тенденции наблюдаются и в случае участия в договоре займа граждан. Об этом свидетельствуют предлагаемые изменения в гл. 42 ГК РФ «Заем и кредит», а также сложившаяся судебная практика.

Таким образом, договор займа с участием публично-правовых образований является видом договора займа. Это можно подтвердить следующими аргументами. Во-первых, наличие родового признака (предмета договора (обязанность заемщика возвратить займодавцу такую же сумму займа или такое же количество вещей того же рода и качества)), который относит его к заемному типу обязательств. Во-вторых, особенности в элементном составе договора, договорных процедурах и ответственности сторон (видовые признаки), связанные с участием в нем публично-правовых образований, которые выделяют его в отдельный вид договора. Данные выводы также применимы и к иным разновидностям договора займа (например, договору займа с участием граждан).

В свою очередь определение связи договора займа с участием публично-правовых образований и договора займа предопределяет порядок применения к нему норм права (действие принципа общего и специального). Как и для любого вида договора займа, общими положениями для договора займа с участием публично-правовых образований являются правовые нормы о классическом договоре займа, размещенные в гл. 42 ГК РФ «Заем и кредит», а специальными — содержащиеся в иных законодательных актах нормы права (БК РФ, Федеральный закон от 29 июля 1998 г. «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг»).

Причем нормы о договоре займа вообще и договоре займа с участием публично-правовых образований в частности периодически подвергаются изменениям. В связи с реформированием гражданского законодательства предполагаются кардинальные трансформации правовых норм. Все это свидетельствует об актуальности и значимости этого договора для удовлетворения публичных интересов.

Н.Л. Бондаренко,

д.ю.н., профессор кафедры частного права,
Международный университет «МИТСО» (г. Минск)

О праве субъектов гражданского оборота Республики Беларусь на выбор вида заключаемого договора

Классик российской цивилистики Г.Ф. Шершеневич усматривал серьезный недостаток действовавшего российского гражданского законодательства начала XX в. в том, что оно «ограничивается установлением отдельных норм и только весьма редко дает общие начала...». М.М. Агарков также полагал, что «всякий общественный идеал, поскольку он является положительным утверждением желательности новых порядков, а не только отрицательным учением, тоже должен выставить свои основ-

ные правовые начала». В ст. 2 ГК Республики Беларусь (далее — ГК РБ) впервые закреплены основные начала гражданского законодательства Республики Беларусь. Такое законодательное решение следует оценивать как начало нового этапа развития гражданского законодательства Республики Беларусь. Однако, как доказал опыт прошедших с момента принятия Кодекса 15 лет, законодательная фиксация принципа еще не означает его окончательного и безусловного перехода из сферы правосознания в практическую плоскость. Закрепив систему принципов, законодатель должен привести законодательство в соответствие с провозглашенными основными началами. Рассмотрим данный тезис на примере принципа свободы договора.

Одной из содержательных характеристик принципа свободы договора является право субъектов гражданского оборота самостоятельно выбирать вид заключаемого договора. На эту важную составляющую нормы-принципа свободы договора традиционно указывается в современной цивилистической литературе. Хотя еще в начале прошлого века Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на существование в практике таких договорных отношений, которые еще не сложились в определенный тип, не выкристаллизовались с юридической стороны в самой жизни, а потому не затрагиваются новейшими законодательствами, чтобы не задерживать свободы их развития. Будучи обязательными для заключивших их сторон, они не входят в саму систему законодательства, как не имеющие определенной «юридической физиономии».

История гражданского права свидетельствует, что оно шло от системы только определенных договорных типов к общему признанию всяких договоров действительными, независимо от их соответствия тому или иному урегулированному в законе образцу. Логично, что в соответствии с принципом свободы договора в ст. 421 ГК РФ закреплено положение, согласно которому стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Тем самым сторонам предоставлено право «сконструировать новую, неизвестную законодательству модель договора либо объединить элементы различных договоров в одном (заключить смешанный договор)».

В отличие от российского законодателя белорусский в ст. 391 ГК РБ «Свобода договора» не предоставил сторонам возможности заключать так называемые непоименованные (неизвестные закону, но не противоречащие общим началам и смыслу гражданского законодательства) договоры, ограничившись лишь указанием на право заключить договоры, в которых содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законодательством (смешанные договоры). Как следствие, белорусской практикой непоименованные договоры не признаются. Вместе с тем нет оснований утверждать, что заключение непоименованных договоров противоречит действующему белорусскому гражданскому законодательству.

Право на заключение договоров, не противоречащих законодательству, включающее и право самостоятельно создавать новые модели договоров, логично вытекает из положений п. 1 ст. 7 ГК РФ, согласно которому гражданские права и обязанности возникают из договоров и иных сделок, предусмотренных законодательством, а также из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законодательством, но не противоречащих ему, а также коррелирует с нормами о правоспособности граждан и юридических лиц, закрепленными в ст. 17 и ст. 45 ГК РФ. Обнаруживается также несоответствие между п. 2 ст. 391 и ст. 310 ГК РФ, закрепляющей открытый перечень способов обеспечения исполнения обязательств. Пункт 1 названной статьи гласит: «исполне-

ние обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законодательством или договором». Договорные способы обеспечения исполнения обязательств уже получили практическое признание. В частности, к их числу можно отнести договор купли-продажи с обязательством обратного выкупа, к которому прибегают участники гражданских правоотношений как к альтернативе традиционного залога. Следовательно, договоры, не имеющие своего наименования, должны быть допущены к участию в гражданском обороте при условии, что они не противоречат закону. Учитывая, что хозяйственная жизнь более изменчива, нежели регулирующее ее законодательство, ограничение инициативы субъектов договорного права не способствует развитию новых договорных форм, а значит, и не удовлетворяет требованиям принципа свободы договора.

Что касается смешанных договоров, то правом на их заключение участники гражданского оборота Республики Беларусь пользуются достаточно активно. Стороны заключают такие соглашения, руководствуясь различными причинами, главная из которых — такие договоры наиболее соответствуют существу возникших между контрагентами правоотношений. В практике встречаются различные варианты смешанных договоров, с различным сочетанием «смешиваемых» элементов. Так, давно и прочно закрепились в гражданском обороте Республики Беларусь агентский договор и договор товарного кредита.

Удобство правовой конструкции агентского договора заключается прежде всего в том, что в рамках одного агентского договора возможно одновременное выступление агента в одних сделках — от своего имени, а в других — от имени принципала. Способ участия агента в отношениях с третьими лицами, являющийся критерием разграничения договоров комиссии и поручения, не имеет принципиального значения для агентского договора. Как правило, в рамках агентского договора лицо, действующее в качестве агента, берет на себя ряд связанных между собой обязательств: по реализации товаров, по организации и проведению рекламной кампании, по изучению спроса на перспективный ассортимент (маркетинговые услуги), по анализу состояния рынка в сегменте деятельности принципала. В производственно-торговой сфере, где предприниматели-агенты (дилеры) осуществляют в интересах своих клиентов (принципалов) как юридические, так и фактические действия, такого рода деятельность широко распространена.

Не меньшее распространение в гражданском обороте Республики Беларусь получил и договор товарного кредита, также не нашедший своего закрепления в законодательстве. Классический договор товарного кредита представляет собой «гибрид» кредитного договора и договора займа с элементами договора купли-продажи. В содержание названного договора включаются все те условия, которые представляются наиболее желательными для обеих сторон исходя из специфики их хозяйственной деятельности. В эту договорную форму облакаются получившие широкое распространение в практике операции по приобретению товара (сырья, материалов, комплектующих) на условиях товарного кредита.

Договор товарного кредита (в отличие от кредитного договора) могут заключать любые субъекты предпринимательской деятельности, а не только банки или иные кредитные организации, имеющие соответствующую лицензию, а вместо денег по такому договору покупатель (заемщик) получает вещи, определенные родо-

выми признаками (товар). Договор товарного кредита заключается сторонами вместо традиционного договора купли-продажи (поставки). Для поставщика этот договор — своеобразная страховка от невозможности получить оплату за поставленный по договору товар. В тех случаях, когда покупатель не оплачивает товар, поставщик (продавец) вправе потребовать возврата неоплаченных товаров вместе с причитающимися процентами и реализовать его иным способом. Что касается покупателя, то в случае возникновения у него трудностей с реализацией товара или при невозможности оплаты он сможет вернуть товар или часть нереализованного товара. Кроме того, ему предоставляется отсрочка или рассрочка оплаты товара. При отсутствии необходимых денежных средств возможность оплачивать товар частями, в том числе и за счет средств, полученных от его реализации, представляется весьма удобной.

Следует отметить, что договорные конструкции агентского договора и договора товарного кредита использовались в гражданском обороте Республики Беларусь еще до принятия ГК РБ 1998 г., однако в отличие от российского законодателя белорусский не закрепил их в тексте Кодекса и не торопится делать это сегодня. Безусловно, исходя из принципа свободы договора, а также с целью обеспечения стабильности законодательства законодатель не обязан включать каждую изобретенную участниками гражданского оборота договорную конструкцию в текст ГК РБ, однако среди них есть такие, которые «заработали» свое право быть законодательно признанными.

М.А. Булыгина,

аспирант, Российская академия народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
помощник судьи Арбитражного суда Республики Марий Эл

Мена недвижимости

Во исполнение договора мены в собственность сторон могут передаваться любые вещи, как движимые, так и недвижимые, индивидуально-определенные либо определяемые родовыми признаками. В этом ряду наиболее сложны и специфичны сделки с недвижимостью.

1. Дореволюционное русское гражданское право запрещало мену недвижимых вещей. Г.Ф. Шершеневич отмечал, что причиной такого запрета являлись фискальные интересы, поскольку при совершении двух сделок купли-продажи казна получала больший доход, нежели при совершении одной меновой сделки с недвижимостью. Вместе с тем «интересы казны не пострадали бы, если бы закон разрешил мену недвижимости со взысканием двойных пошлин, хотя и это представлялось бы излишним затруднением оборота». По-разному оценивалась российскими цивилистами возможность мены недвижимого имущества на движимое. По утверждению Д.И. Мейера, такие сделки также были под запретом. Противоположной точки зрения придерживался Г.Ф. Шершеневич: «закон говорит о запрещении меняться недвижимостями, следовательно, не касается случая мены недвижимости на движимость».

Гражданское законодательство советского периода прямого запрета на мену недвижимости не содержало, однако ГК РСФСР 1922 г. включал в себя положения, ко-

торые «в принципе не допускали постановки вопроса о сделках с недвижимостью, поскольку само деление имуществ на движимые и недвижимые упразднилось с отменой частной собственности на землю». Действующий ГК РФ прямо не регулирует обмен объектами недвижимости в отличие от ее продажи, что возможно отнести к недостаткам закона из-за распространения в гражданском обороте безденежной мены жилыми и нежилыми помещениями. Также не содержится норм о мене недвижимости, например, в Гражданском кодексе Франции, Гражданском уложении Германии, Гражданском кодексе Квебека, Единообразном торговом кодексе США.

Впрочем, существующие нормы гражданского права, безусловно, не препятствуют заключению и исполнению договора мены недвижимого имущества на движимое либо недвижимое имущество. Объектами договора мены могут быть здания, сооружения, жилые и нежилые помещения, при особых условиях — земельные участки, участки недр, морские, речные и воздушные суда.

2. Возникает вопрос о правильном определении момента перехода права собственности на обмениваемые объекты недвижимости. Право собственности на обмениваемые недвижимые вещи переходит к сторонам, выступающим по договору мены в качестве покупателей, не одновременно после исполнения обязательства передать соответствующие товары обеими сторонами (ст. 570 ГК РФ), а только с момента государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость по правилам ст. 551 ГК РФ. При этом такая регистрация требует участия в ней каждой стороны сделки и осуществляется раздельно по каждому объекту недвижимости по месту его нахождения (п. 6 Инструкции о порядке государственной регистрации договора мены и (или) перехода прав на объекты недвижимого имущества, находящегося на территориях различных регистрационных округов, утвержденной приказом Минюста России от 1 июля 2002 г. № 183). Когда одна из сторон уклоняется от регистрации перехода права собственности, суд вправе по требованию другой стороны вынести решение о государственной регистрации перехода права собственности.

3. Договор мены подлежит государственной регистрации только в случае, если его предметом является жилой дом, квартира, часть дома или часть квартиры (п. 2 ст. 567 ГК РФ), а также доля в праве общей собственности на них (ст. 251 ГК РФ). Существенным условием договора мены жилых помещений следует признать и перечень лиц, сохраняющих право пользования жилым помещением. При этом от договора мены следует отличать обмен жилыми помещениями, производимый нанимателями по договору социального найма в государственном и муниципальном жилом фонде. Такой обмен производится в порядке и на условиях, предусмотренных ЖК РФ.

Договор мены зданий и нежилых помещений не подлежит государственной регистрации, должен признаваться заключенным с момента достижения сторонами соглашения по всем его существенным условиям. При этом признается обязательным под угрозой недействительности соблюдение письменной формы сделки путем составления одного документа, подписанного сторонами.

4. В договоре мены недвижимого имущества должны содержаться условия, предусмотренные ст. 554 ГК РФ. При их отсутствии условие о недвижимом имуществе, подлежащем передаче, считается не согласованным сторонами, а соответствующий договор незаключенным. При определении предмета договора мены земельными участками необходимо указывать местоположение, категорию земли, целевое назначение, цели дальнейшего использования, общую площадь, кадастровый номер

земельного участка, объекты недвижимости, размещенные на нем, в чьем ведении находится участок, права третьих лиц, обязательства сторон.

По нашему мнению, предметом договора мены в отличие от договора аренды не может быть часть земельного участка, пока она не выделена в установленном порядке в отдельный участок. Кроме того, представляется целесообразным нормативное закрепление модели единого объекта недвижимости, т.е. запрета отчуждения земельного участка без находящегося на нем объекта недвижимости.

Отметим, что договор мены земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на земельный участок, находящийся в собственности физического или юридического лица, является недействительным, поскольку по общему правилу может быть заключен только по результатам торгов.

5. Существо мены состоит в безденежном обмене вещами, поэтому цена не является существенным условием договора мены недвижимости. Действительно, товарные обязательства по мене могут быть прекращены надлежащим исполнением независимо от размера денежной стоимости обмененных товаров. В связи с этим считаем недопустимым признание договора мены недвижимости недействительным ввиду его убыточности.

6. Резюмируя приведенные положения, предлагаем следующий проект федерального закона «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации»:

«...1) дополнить главу 31 статьей 567¹ следующего содержания:

«1. По договору мены недвижимого имущества (договору мены недвижимости) каждая из сторон обязуется передать в собственность другой стороны земельный участок, здание, сооружение, квартиру или другое недвижимое имущество (статья 130).

2. Право собственности на обмениваемые недвижимые вещи переходит к сторонам, выступающим по договору мены в качестве покупателей, с момента государственной регистрации перехода права собственности»;

2) статью 568 дополнить пунктом 3 следующего содержания: «Договор мены не может быть признан недействительным ввиду его убыточности».

А.А. Демин,

аспирант, Нижегородский государственный университет
им. Н.И. Лобачевского

Договорное регулирование как вид гражданско-правового регулирования

О договоре написаны фолианты, могущие образовать не одну библиотеку. И будет еще много написано. При этом большое число положений о договоре воспринимаются как незыблемые, общеизвестные и общепризнанные¹. Общеизвестным в науке гражданского права является положение о многоаспект-

¹ См.: Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. Общеизвестное о договоре // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова / под ред. С.С. Алексеева. М., 2011.

ном характере договора. Как справедливо отмечает В.В. Витрянский, относительно многопонятийного представления о договоре велись научные дискуссии еще в советской и постсоветской юридической литературе, но после принятия и опубликования ГК РФ цивилистической доктриной все же был признан многоаспектный характер категории «договор» в том значении, в каком данное понятие употребляется в ГК РФ¹.

Нас же договор интересует в связи с его способностью к регулированию поведения сторон. Отмеченная способность договора объясняется тем, что он произведен от норм соответствующей конструкции гражданского законодательства. Более того, по факту заключения соглашения и появления договора наряду с ним действуют и нормы гражданского законодательства. Поэтому договорное регулирование является правовым, и наряду с нормативно-правовыми, судебными актами и деловыми обычаями договор входит в систему регламентации общественных отношений.

В научных работах делаются выводы, что договорное регулирование обладает существенными особенностями, которые позволяют выделить его как вид правового регулирования в целом и вид гражданско-правового регулирования, в частности². Общее, что объединяет договорное и иное гражданско-правовое регулирование, состоит в том, что и правовое, и договорное регулирование осуществляется как определенное воздействие социального регулятора на общественные отношения правовыми средствами. Ученые отмечают, что цивилистическая литература часто применяет термин «договорное регулирование». При этом требует уточнения содержания данной дефиниции³.

М.Ф. Казанцев определяет договорное регулирование как правовое регулирование, осуществляемое субъектами гражданского права посредством заключаемых между ними гражданско-правовых договоров⁴. Представляется, что определение дано некорректно, поскольку правовое регулирование не может осуществляться субъектами, оно осуществляется правом и упорядочивает действия субъектов по заключению соглашений, по исполнению договорных обязательств, по изменению или прекращению договоров. В.Б. Исаков полагает, что это деятельность, связанная с решением юридически значимых вопросов, которым норма права не дала исчерпывающей регламентации, опирающаяся в той или иной степени на усмотрение субъектов права, протекающая в установленной законодательством процедурно-процессуальной форме⁵. Представляется, что определяемая ученым деятельность подлежит договорному регулированию, но сама таковым не является. Есть работы, авторы которых рассматривают договорное регулирование как индивидуально-договорное правоприменение и определяют его как волевою властно организующую деятельность субъектов права, обеспечивающую

¹ См.: Витрянский В.В. Некоторые аспекты учения о гражданско-правовом договоре в условиях реформирования гражданского законодательства // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею В.С. Ема. М., 2011.

² См.: Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования: автореф. дис. ... д.ю.н.. Екатеринбург, 2008. С. 6.

³ См.: Нарозников Н.К., Васин В.Н. Гражданско-правовой договор как регулятор общественных отношений и страховой защиты их участников // Социальное и пенсионное право. 2008. № 1.

⁴ См.: Казанцев М.Ф. Указ. соч. С. 19.

⁵ См.: Исаков И.Б. Юридические акты в советском праве. М., 1984. С. 69–70.

связь между правовыми нормами и конкретными правоотношениями¹. В одной из работ договорное регулирование определено как самостоятельный правовой способ организации конкретных индивидуальных договорных связей хозяйствующих субъектов, существующих наряду с нормативно-правовой регламентацией². Следует согласиться с пониманием договорного регулирования как способа организации договорных связей и добавить, что это не только способ организации, но и способ упорядочения таких связей, заключения их в известные рамки. Поэтому *договорное регулирование* может быть определено как упорядочение отношений сторон договора правовыми предписаниями, дозволениями и запретами индивидуального и общего характера, содержащимися в условиях соглашения и нормах гражданского права.

Договор есть основа договорного регулирования. Это источник тех норм и правил, которыми стороны согласились регулировать свои отношения. Соглашение сторон является поднормативным гражданско-правовым регулятором частного свойства, таким средством, при помощи которого стороны конкретного социального взаимодействия определяют, каким способом, в каком месте, в какое время, с какой целью, каким предметом они станут действовать по отношению друг к другу³. Договорное регулирование имеет деятельностный аспект, это процесс воздействия на поведение сторон, реализующих своими действиями микронормы соглашения и нормы закона. При этом микронормы договора преломляются в практику сторон, которые после заключения соглашения действуют не по своему собственному индивидуальному усмотрению, а в соответствии с условиями договора. И свобода договора в том, что стороны свободны в пределах, очерченных их соглашением и законом. Эти пределы они установили свободно, ориентируясь на закон и на принцип баланса интересов — своих и чужих. Учет интересов контрагента, необходимость их сбалансированности со своими интересами приводят к тому, что это становится целью договорного регулирования и сдерживает единоличное усмотрение сторон договора. В связи с этим представляется необходимым внести изменения в п. 1 ст. 9 ГК РФ, изложив ее в следующей редакции: «Граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права, а при заключении договора осуществляют их в соответствии с условиями достигнутого соглашения».

Процесс договорного регулирования невозможен без определения наиболее значимых понятий, и в первую очередь без определения предмета договорного регулирования. В юридической литературе эти вопросы ставятся, однако чаще — применительно к предмету договора, единого подхода к пониманию которого пока не существует. Пожалуй, одним из авторитетных является подход, согласно которому предмет договора включает два рода объектов: объектом первого рода служат действия обязанных лиц по передаче друг другу имущества, объектом второго

¹ См.: *Ядринцева О.В.* Индивидуально-договорное правоприменение: автореф. дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2006. С. 9, 19.

² См.: *Шевченко Л.И.* Об экономической и социальной ценности гражданско-правового договора в условиях рыночной экономики // *Гражданско-правовые исследования: сб. науч. трудов памяти проф. И.В. Федорова*. Вып. 1 / под ред. Б.Л. Хаскельберга, Д.О. Тузова. М., 2004. С. 113.

³ См.: *Чеговадзе Л.А.* О нормативно-волевых основаниях и правовых формах действий, признаваемых сделками // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2012. № 3. С. 105.

рода является само имущество¹. Г.Ф. Шершеневич считал, что «предмет договора... есть то юридическое последствие, на которое направлена согласная воля двух или более лиц»². Юридическим последствием заключения договора является установление обязательства. Тем самым согласная воля лиц направлена на установление обязательства, а договор в гражданском праве предназначен для регулирования действий сторон в сфере реализации их имущественных интересов³. Следовательно, предметом договорного регулирования являются действия по исполнению договорных обязательств⁴.

Предмет договорного регулирования в работах ученых рассматривается как частный случай предмета гражданско-правового регулирования⁵. Традиционно предметом гражданско-правового регулирования считаются общественные отношения, поэтому когда говорят о договорном регулировании, также называют виды общественных отношений. Точное определение круга общественных отношений, входящих в предмет договорного регулирования, представляется проблематичным. Между тем от такого определения в значительной мере зависит эффективность всего договорного регулирования, его позитивное либо, напротив, негативное влияние на отношения, складывающиеся в обществе⁶. И далее делается вывод, что сфера договорного регулирования ограничивается предметом гражданского права и не должна выходить за его пределы⁷.

Представляется, что в приведенных цитатах речь идет не о предмете договорного регулирования, а о допустимости использования договора при регулировании отдельных гражданско-правовых отношений. М.Ф. Казанцев полагает, что возможность урегулирования гражданско-правовым договором любых отношений, относящихся к предмету гражданско-правового регулирования, выступает как общее правило, а невозможность этого — как исключение⁸. Не будем спорить, что дозволенность гражданско-правового регулирования обеспечивает такую возможность индивидам и они могут заключать соглашения любого характера. Но если речь идет о договоре, то договор порождает обязательство и именно оно служит предметом договорного регулирования. Причем обязательство регулируется договором, а действия сторон по заключению договора, по выработке и обсуждению его условий регулируются правом. Право регулирует и последодоговорные отношения сторон, если они возникают, например, в процессе реализации права на качество товаров, работ и услуг в пределах гарантийного срока. Поэтому гражданско-правовое регулирование отношений сторон по договору можно разделить на виды: преддоговорное регулирование, собственно договорное регулирование и последодоговорное регулирование.

¹ См.: Кононов В. Проблемы предмета и содержания соглашения участников хозяйственных обществ по российскому праву // Корпоративный юрист. 2010. № 10, 12.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 151.

³ См.: Чеговадзе Л.А. Договор как средство формальной определенности действий сторон // Хозяйство и право. 2012. № 12. С. 58.

⁴ См.: Чеговадзе Л.А., Кондратьева Е.А. Действия по исполнению договорных обязательств // Вестник Пермского университета. 2008. Вып. 1 (1). С. 73–78.

⁵ См.: Казанцев М.Ф. Указ. соч. С. 21

⁶ См.: Нарозников Н.К., Васин В.Н. Указ. соч.

⁷ Там же.

⁸ См.: Казанцев М.Ф. Указ. соч.

А.А. Диденко,

К.Ю.Н.,

ст. преподаватель кафедры гражданского права,
Кубанский государственный аграрный университет

Соотношение частных и публичных начал в правовом регулировании размещения государственного заказа

В юридической науке не вызывает сомнения факт существования публичного и частного права как реальных категорий и явлений российской правовой действительности. Одновременно достижение целей размещения госзаказа невозможно без оптимального сочетания механизмов частноправового и публичного регулирования указанных отношений. Соответственно перед юридической наукой встают проблемы исследования механизма взаимодействия частных и публичных начал в рамках правового регулирования отношений, связанных с размещением государственного заказа, обоснования необходимости императивного воздействия на формирование указанных отношений, а также о приемлемых способах такого воздействия. В связи с этим важно установить предел допустимости использования публичных правовых начал в гражданско-правовой регламентации обязательственных отношений по поставке товаров, выполнения работ и оказания услуг для государственных нужд.

Отношения, связанные с удовлетворением государственных нужд, представляют собой одну из сфер экономического оборота, обладающих особой значимостью с точки зрения эффективного функционирования экономики РФ. Правовое регулирование комплексного межотраслевого института размещения госзаказа осуществляется в основном посредством императивных норм гражданского права. Наличие указанных публично-правовых элементов, по мнению В.А. Щербакова, не отрицает гражданско-правового характера исследуемого института. Поэтому необходимо выяснить специфику гражданско-правового регулирования этих отношений исходя из характера государственных (публичных) интересов, особенностей субъектного состава участников таких правоотношений, порядка построения и оформления общественных связей.

Сочетание публично-правового и частноправового начала в правовом регулировании размещения госзаказа проявляется в следующем.

Во-первых, при размещении госзаказа имеет место особая публичная цель, которая достигается с помощью частноправового средства — контракта на поставку товаров (выполнения работ, оказания услуг) для государственных нужд. При вступлении в данное договорное правоотношение сторонами преследуется особая цель — удовлетворение важнейших потребностей государства в определенных товарах, работах, услугах. Публичный интерес в исследуемом правовом институте отражает объективно существующую необходимость в тех или иных товарах, работах, услугах, обеспечивающих удовлетворение соответствующих потребностей РФ и субъектов РФ. Формализованным выражением таких интересов как раз и является государственный заказ.

Во-вторых, при оформлении договорных правоотношений используется специальная процедура. Публично-правовую природу имеют в основном отношения, свя-

занные с формированием госзаказа, где преобладают императивные методы правового регулирования. Отношения, возникающие в связи с размещением госзаказа, содержат в себе частноправовую природу и регулируются гражданско-правовыми способами правового регулирования (императивно-диспозитивными). Императивность в гражданско-правовом регулировании обязательственных отношений, связанных с реализацией госзаказа, во многом обусловлена особой публично-частной процедурой заключения такого договора. Как правило, такой договор заключается путем проведения торгов в электронной форме. Законом также установлен обязательный порядок планирования заказчиками свое закупочной деятельности, предусмотрено предварительное размещение на официальном сайте www.zakupki.gov.ru полной информации о конкретной закупке, в том числе извещения о закупке, документации о закупке, проекта договора, изменений, вносимых в такое извещение и такую документацию, разъяснения такой документации, протоколы, составляемые в ходе закупки, а также иную информацию. Помимо этого законодатель может вводить иные ограничения принципа свободы договора посредством запретов и императивных предписаний, используя при этом гражданско-правовые нормы договорного права. Отмеченные выше императивные требования закона можно определить как элемент индивидуального воздействия публично-правовых начал на гражданские, в том числе договорные правоотношения.

При регулировании отношений в рассматриваемой сфере следует исходить из того, что деятельность в части порядка и способов размещения государственных (муниципальных) заказов, заключения и исполнения государственных контрактов (договоров) находится преимущественно в сфере действия норм гражданского права, преимущественно императивно-правового характера. Одновременно деятельность публично-правовых образований по определению государственных (муниципальных) нужд и формированию состава такого рода заказов находится в сфере публично-правового регулирования иных отраслей российского права.

В-третьих, на стороне государственного заказчика выступает специальный субъект — государственный заказчик. Производственная и закупочная деятельность этого субъекта права осуществляется через создаваемые ими предприятия и учреждения, которые являются непосредственными участниками закупочной деятельности. Специфика участия госзаказчика в исследуемых отношениях вызвана необходимостью приобретения имущества для реализации органами государственной власти, а также местного самоуправления закрепленных за ними полномочий.

Таким образом, существование публично-правовых начал в гражданско-правовом регулировании обязательственных отношений в сфере размещения госзаказа обусловлено особым правовым статусом госзаказчика. Приоритет императивных начал связан с особенностями его правового статуса. Участие таких субъектов в гражданском обороте обусловлено специальной правосубъектностью, которая направляет деятельность данных субъектов только на решение публично-правовых задач (удовлетворение соответствующих публичных интересов). Неоднозначность правовой природы государства как публично-правового образования вызывает сложности с решением таких вопросов, как характер взаимоотношений государства и предпринимателей при размещении госзаказа. На сегодняшний день в законодательстве и юридической литературе вопрос о правосубъектности публично-правовых образований остается открытым и весьма актуальным. Однозначно не определено, в чем состоят особенности публично-правовых образований как субъектов

гражданского права; существуют коллизии норм частного и публичного права по данному вопросу, приводящие к многочисленным проблемам правоприменения. Эти и другие проблемы выливаются в общую проблему определения правосубъектности государства в имущественных отношениях.

В целом публично-правовые и частноправовые элементы тесно взаимосвязаны в правовом статусе государственного заказчика. Однако обладание властными полномочиями наряду с обладанием гражданскими правами у госзаказчика не должно влиять на природу гражданско-правовых отношений в сфере размещения госзаказа, характеризующихся равенством, автономией воли и имущественной самостоятельностью участников.

В юридической литературе сегодня нередко обращаются к проблеме баланса интересов сторон; все чаще к этой категории апеллирует судебная практика. Основными принципами закупочной деятельности являются равноправие, справедливость, отсутствие дискриминации и необоснованных ограничений конкуренции по отношению к участникам закупки. Поэтому установлены запреты, во-первых, предъявления к участникам закупки, к закупаемым товарам, работам, услугам, а также к условиям исполнения договора требований, которые не указаны в документации о закупке, и, во-вторых, осуществления оценки и сопоставления заявок на участие в закупке по критериям и в порядке, которые не указаны в документации о закупке. Данные запреты установлены в рамках реализации таких принципов закупки товаров, работ, услуг, как информационная открытость закупки и справедливость по отношению к участникам закупки. В связи с этим следует согласиться с О.А. Кузнецовой в том, что принцип баланса интересов является составляющей принципа равенства участников гражданских правоотношений.

Представляется, что под балансом частных и публичных интересов сторон — участников процедуры размещения госзаказа, урегулированной нормами специального законодательства, следует понимать такое состояние договорного отношения, при котором стороны имеют равные возможности для реализации своих субъективных прав и законных интересов.

Л.М. Дмитриева,

ассистент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Систематизация последствий неисполнения гражданско-правовых обязанностей по критерию порядка их реализации

Отечественное правоведение исходит из обязательности обеспечения юридической обязанности, но по-разному раскрывает данный признак. Не останавливаясь на его детальном анализе, отметим, что в настоящей работе под мерами обеспеченности гражданско-правовой обязанности мы будем понимать негативные последствия, наступающие для обязанного субъекта в результате нарушения им данной обязанности.

Меры обеспеченности могут быть дифференцированы по различным основаниям, в частности по субъекту обеспечения. Большинство определений обязанности

указывают на государство в роли такого субъекта. Между тем существуют и альтернативные позиции, отвергающие монополию государства на обеспечение субъективных прав и обязанностей. Одна из них связана с категорией *оперативных санкций (мер оперативного воздействия)*¹.

Анализ признаков оперативных санкций показывает тождественность большинства из них признакам мер защиты, противопоставляемым мерам ответственности². К таковым, в частности, относятся:

1) возможность применения управомоченным лицом только при неисполнении обязанной стороной ее обязанностей³. Так, односторонний отказ от исполнения, не связанный с нарушением обязанности контрагентом, не является оперативной санкцией;

2) в основном неимущественный характер данных мер⁴, наступление имущественных последствий «лишь в конечном счете»⁵; механизм действия мер оперативного воздействия состоит в изменении содержания правоотношения (преобразования его структуры) либо его прекращении⁶;

3) для применения оперативных санкций не требуется устанавливать полный состав правонарушения⁷, прежде всего вину нарушителя⁸;

4) мерам оперативного воздействия свойственна восстановительная функция, их цель также состоит в обеспечении, содействии нормальному осуществлению договорных отношений (Д.Н. Кархалев, Б. Пугинский), предупреждении (пресечении) нарушения (Б. Пугинский)⁹;

5) допускается возложение оперативных санкций наряду с мерами имущественной ответственности, тогда как несколько мер ответственности одновременно применяться не могут¹⁰. Очевидно, что данное утверждение не соответствует действительности: в частности, возможно одновременное взыскание неустойки и возмещение убытков.

Единственным критерием, позволяющим выделить меры оперативного воздействия из *других мер защиты*, является возможность их применения к обязанному лицу *без обращения в государственные органы*, т.е. самим управомоченным лицом

¹ Далее мы будем использовать термины «оперативные санкции» и «меры оперативного воздействия» как наиболее общеупотребительные, считая их синонимичными. Между тем в юридической литературе обращалось внимание на многообразие терминов, обозначающих рассматриваемое явление, при их практически единообразном понимании большинством ученых (см.: Васькин В.В., Качанова В.В., Клеандров М.И. Оперативные санкции в народном хозяйстве: учеб. пособие. Куйбышев, 1985. С. 4).

² Некоторые авторы фактически отождествляли меры оперативного воздействия с мерами защиты (см., например: Пугинский Б. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия на нарушителей обязательств // Советская юстиция. 1980. № 16. С. 5–7).

³ См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 133–134.

⁴ См.: Васькин В.В., Качанова В.В., Клеандров М.И. Указ. соч. С. 8; Советское гражданское право: учебник / отв. ред. В.А. Рясенцев. 3-е изд., перераб. и доп. Ч. 1. М., 1986. С. 526.

⁵ См.: Грибанов В. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции // Советская юстиция. 1968. № 7. С. 5. См. также: Карпов М.С. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия. М., 2004. С. 29; Советское гражданское право / под ред. О.А. Красавчикова. С. 347–348.

⁶ См.: Кархалев Д.Н. Меры оперативного воздействия в гражданском праве // Российский судья. 2009. № 4. С. 18.

⁷ См.: Советское гражданское право: учебник / отв. ред. В.А. Рясенцев. Ч. 1. С. 526.

⁸ См.: Пугинский Б. Указ. соч. С. 5. Против данного критерия выступали Ю.Г. Басин и А.Г. Диденко.

⁹ См.: Кархалев Д.Н. Меры оперативного воздействия в гражданском праве. С. 18; Пугинский Б. Указ. соч. С. 5–6.

¹⁰ Карпов М.С. Указ. соч. С. 25.

в одностороннем порядке¹, и «не как органом административным по отношению к правонарушителю, а именно как стороной в гражданском правоотношении»², которая действует «не от имени государства, а от своего имени»³.

Однако данный признак ставит вопрос о соотношении оперативных санкций с *самозащитой* права. Некоторые авторы отождествляют данные категории⁴. По мнению других ученых, оперативные санкции характеризуют содержание применяемой меры, тогда как самозащита — порядок ее применения⁵. А.П. Сергеев приравнивает самозащиту к неюрисдикционной форме защиты, а оперативные санкции рассматривает как один из видов самозащиты⁶.

Полагаем, что меры оперативного воздействия, как и самозащита, отражают *порядок их применения* и относятся к *неюрисдикционным* мерам. Данный вывод соответствует и семантическому статусу терминов: слово «самозащита» указывает на субъекта применения соответствующих мер защиты, а формулировка «оперативные санкции» («меры оперативного воздействия») акцентирует на возможности незамедлительной реакции на нарушение (угрозу нарушения).

В то же время деление мер защиты, реализуемых без обращения к компетентным органам, на самозащиту и меры оперативного воздействия является следствием их качественной неоднородности: если самозащита выражается действиях *фактического* характера, то применение мер оперативного воздействия тождественно действиям *юридического* характера. Помимо прочего В.П. Грибанов, предложивший различать самозащиту и оперативные санкции по фактическому либо юридическому характеру реализуемых мер⁷, соотносил их с делением правоотношений на вещные и обязательственные. Полагаем, что более точным является «привязка» дихотомии «самозащита — оперативные санкции» к классификации правоотношений на абсолютные и относительные.

Тем не менее между содержанием мер и порядком их применения присутствует зависимость: поскольку меры ответственности в большей степени ограничивают права обязанного субъекта по сравнению с другими мерами защиты, их применение возможно только юрисдикционными органами (судом), которые соблюдают определенную *процедуру* рассмотрения дела, призванную в максимальной степени обеспечить баланс интересов сторон.

¹ См.: Сиротина Т.А. К вопросу о юридической природе и механизме реализации мер оперативного воздействия // Защита частных прав: проблемы теории и практики: материалы международной научно-практической конференции (г. Иркутск, 20–21 апреля 2012 г.). Иркутск, 2012. С. 129–130.

² См.: Грибанов В. Пределы применения мер оперативного характера при поставках продукции. С. 5; Карпов М.С. Указ. соч. С. 27.

³ См.: Корблева М.С. Защита гражданских прав: новый аспект // Актуальные проблемы гражданского права. М., 1999. С. 95.

⁴ Там же. С. 102–103.

⁵ См.: Басин Ю.Г. Система гражданско-правовых мер, обеспечивающих охрану хозяйственных интересов предприятий // Тезисы Всесоюзного совещания — семинара молодых ученых «Гражданское право и защита имущественных интересов граждан и организаций» 24–26 сентября 1966 г. Алма-Ата, 1986. С. 3–4.

⁶ См.: Гражданское право: учебник. С. 339 (автор главы — А.П. Сергеев). См. также: Ламм Т.В. Реализация охранительной функции в гражданском праве // Защита частных прав: проблемы теории и практики: материалы международной научно-практической конференции (г. Иркутск, 20–21 апреля 2012 г.). С. 60–61; Лебедев С.И. Самозащита гражданских прав в договорных отношениях: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010. С. 9.

⁷ См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. С. 117, 133. См. также: Кархалев Д.Н. Самозащита гражданских прав // Российский судья. 2008. № 2. С. 22.

Представляется, однако, что деление мер обеспеченности обязанностей на юрисдикционные и неюрисдикционные не в полной мере отражает их разнородность. Анализ гражданско-правовых норм позволил установить, что меры обеспеченности могут реализовываться как управомоченным субъектом (при этом быть и сопряженными, и не сопряженными с обращением в компетентные органы), так и наступать вне зависимости от его действий. Исходя из этого, мы предлагаем классифицировать меры обеспеченности обязанностей на *инициативные и неинициативные*.

Подавляющее большинство мер обеспеченности принадлежит к числу инициативных. Неинициативными являются, в частности, оставление задатка, лишение преимущественного права на заключение договора и один из вариантов прекращения правоотношения — переход неоплаченной доли (части доли) к ООО, неоплаченных акций к АО либо переход доли к ООО в результате непредоставления компенсации вместо прекратившегося права пользования, переданного в оплату уставного капитала.

Необходимо уточнить, что наступление неинициативного последствия может *подтверждаться* судом или иным компетентным органом. Например, в случае предъявления лицом, выдавшим задаток и ответственным за неисполнение обеспеченного задатком обязательства, требования о его возврате такое подтверждение будет содержаться в решении суда об отказе в удовлетворении данного требования, мотивированное правомочностью оставления задатка у контрагента истца. Однако момент наступления последствия связан не с судебным решением, а с нарушением обеспеченного задатком обязательства.

Полагаем, что предложенная нами систематизация требует уточнения принятого в литературе деления мер защиты на юрисдикционные и неюрисдикционные. Критерием данного деления является *субъект* непосредственного применения соответствующих мер, а значит, оно соответствует *видам инициативных последствий*. Следовательно, последствия неисполнения гражданско-правовых обязанностей по порядку их применения делятся на инициативные и неинициативные (в зависимости от необходимости действий управомоченного для их реализации), а инициативные меры в зависимости от сопряженности с обращением в компетентные органы дифференцируемы на последствия юрисдикционного и неюрисдикционного характера.

М.А. Егорова,

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права,
Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ

Действительность предварительного договора, заключенного в момент невозможности его исполнения

До настоящего времени не прекращается дискуссия о возможности признания действительным предварительного договора, в момент заключения которого у будущего продавца отсутствовало юридически оформленное право собственности на имущество, которое должно было служить материальным объектом будущего обязательства купли-продажи.

М.И. Брагинский считал, что действительность предварительного договора купли-продажи недвижимости не зависит от момента оформления продавцом правоустанавливающих документов на нее. «Типичный пример — невозможность для наследника получить соответствующий документ на строение до истечения установленного срока принятия наследства. В таком случае регистрация договора не могла быть осуществлена, а без регистрации он лишен юридической силы. Таким образом, единственной возможностью связать наследника — будущего продавца — с покупателем оставалось заключение предварительного договора». Д.А. Петров, напротив, указывает, что предварительный договор продажи недвижимости не может быть заключен до того, как продавец приобретет право на нее и оформит правоустанавливающие документы. «Если наследник не получил свидетельство о праве на наследство, то и заключение предварительного договора продажи недвижимости невозможно, так как отсутствуют не только правоустанавливающие документы, но и гарантии того, что он приобретет право собственности на наследуемое имущество (в силу появления других наследников, недействительности завещания и др.)».

Судебная практика по данному вопросу достаточно противоречива. Некоторые суды, не обосновывая свою позицию, исходят из того, что лицо не вправе распоряжаться недвижимостью путем подписания предварительного договора, поскольку его права на эту недвижимость не зарегистрированы в установленном порядке, а также ссылаясь на то, что лицо, намеренное осуществить в будущем передачу либо отчуждение имущества на основании предварительного договора, должно обладать полномочиями по его распоряжению.

В других случаях суды принимают решения, базируясь на прямо противоположном подходе. По одному из дел суд, отклоняя ссылку подателя кассационной жалобы на незаключенность предварительного договора ввиду отсутствия в момент его подписания права собственности истца на нежилые помещения, указал, что «использование юридической конструкции предварительного договора передачи имущества (в частности, аренды) имеет своей целью юридически связать стороны еще до того, как у контрагента появится право на необходимую для исполнения вещь, с тем, чтобы в установленный им срок восполнить отсутствие условия, необходимого для заключения основного договора. На момент заключения основного договора имущественного найма истец имел титул собственника, что подтверждается свидетельством о праве собственности». Подобные оценки судами как несостоятельного вывода о связи отсутствия права собственности у одной из сторон предварительного договора и признания такого договора недействительным на этом основании в последние годы не являются исключениями в судебной арбитражной практике.

Пункт 2 ст. 3.3 Принципов УНИДРУА устанавливает правило, в соответствии с которым «сам по себе факт того, что в момент заключения договора сторона не была уполномочена распоряжаться имуществом, к которому относится договор, не влияет на действительность договора». Комментаторы объясняют это положение тем, что договаривающаяся сторона может, что часто и делается, приобрести правовое основание или полномочия распоряжаться конкретным имуществом после заключения договора. В случае, если этого не произойдет, то будут применяться нормы о неисполнении договора. И действительно, ведь ни у кого не вызывает

сомнения действительность сделки по лизингу, по условиям которой арендодатель обязуется передать арендатору имущество, которое им еще не приобретено в собственность у продавца. Если исходить из логики, что отсутствие права собственности в момент совершения сделки предопределяет ее недействительность (или незаключенность), то конструкция финансовой аренды в принципе могла бы быть реализована в гражданском обороте.

В этом отношении следует признать ошибочным вывод ВАС РФ, который в одном из определений признал предварительный договор ничтожным по основанию ст. 168 ГК РФ, сославшись на то, что на момент заключения предварительного договора купли-продажи недвижимого имущества продавец не обладал правом собственности на спорное имущество. Статья 429 ГК РФ предусматривает лишь одно основание признания ничтожным предварительного договора — несоблюдение требований к форме его заключения. Отсутствие права собственности на спорное имущество в момент заключения предварительного договора не относится к нарушению формы его заключения. В данном случае судом также не могла быть применена норма п. 3 ст. 429 ГК РФ, которая позволяет признать предварительный договор незаключенным в случае, если он не содержит условия, позволяющие установить предмет, а также другие существенные условия основного договора. В данном деле предварительный договор содержал все необходимые существенные условия договора купли-продажи, а основанием для предъявления иска явилась просрочка в подписании акта о приемке объекта недвижимости в эксплуатацию в связи с отсутствием своевременно оформленных правоустанавливающих документов. Таким образом, у суда не имелось законных оснований ни для признания предварительного договора недействительным, ни для объявления его незаключенным.

Наиболее категоричную оценку положения, существующего при заключении предварительного договора в отношении будущей передачи имущества, на которое у одной из сторон предварительного договора на момент его заключения отсутствуют правомочия собственности дает К.И. Скловский: «На практике всегда, когда речь идет о предварительном договоре аренды, стороны уже видят не завершенный строительством объект либо выстроенный объект, права собственности на который оформляются... В рассматриваемом деле аргумент о невозможности исполнения предварительного договора выглядит абсурдным. Очевидно, что бессмысленно обсуждать невозможность исполнения договора, который был фактически заключен и исполнен».

Подобная специфика предварительного договора связана с его особым организационным (неимущественным) содержанием. Президиум ВАС РФ указал, что предметом предварительного договора является обязательство сторон по поводу заключения будущего договора, а не обязательства по поводу недвижимого имущества, и, следовательно, такой договор не подлежит государственной регистрации. В последние годы позиция ВАС РФ совершенно оправданно в значительно большей степени стала приближенной к подходу, воспринятому Принципами УНИДРУА, исходя из того, что основания для признания предварительного договора недействительным могут иметь место на стадии исполнения, но никак не заключения предварительного договора, при этом контрагент может в судебном порядке потребовать либо взыскания убытков, причиненных незаключением основного договора, либо принудительного заключения договора.

В.В. Зайцев,
д.ю.н., профессор Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ,
заслуженный юрист РФ

Некоторые вопросы обеспечения исполнения обязательств в трудах Г.Ф. Шершеневича

Гражданскому праву дореволюционной России также были известны различные способы обеспечения исполнения обязательств, аналогичные римскому праву. Широко использовались задаток, неустойка, поручительство, залог и заклад¹. Г.Ф. Шершеневич в своей работе «Курс гражданского права», объясняя цель этих способов обеспечения исполнения обязательств, писал: «...нередко верителю может грозить опасность, что этого имущества (имущества должника. — В.З.) окажется недостаточно для удовлетворения всех предъявленных к нему требований. Ввиду возможности подобных последствий верители стараются обеспечить себя заранее или привлечением к обязательству других лиц, имущество которых также отвечало бы за обязательство должника, или же выделением из всего состава имущества должника известной, индивидуально определенной части, которая должна служить исключительным средством удовлетворения только данного требования, с устранением прочих кредиторов. Этой цели отвечают поручительство и залог. Иногда кредитор бывает чрезвычайно заинтересован в том, чтобы должник исполнил то именно действие, к которому он обязался. Поэтому он старается побудить его к точному выполнению опасением еще более невыгодных последствий при уклонении. Этой цели служат по преимуществу задаток и неустойка»².

Определение целей способов обеспечения исполнения обязательств, данное более 100 лет назад, и сегодня является вполне актуальным. В этом перечне в краткой и лаконичной форме сделан акцент на основных моментах, определяющих смысл законодательного закрепления обеспечения исполнения обязательств.

Говоря о распространенности и эффективности этих способов обеспечения исполнения обязательств, Г.Ф. Шершеневич писал, что «ни одна сделка, заключаемая русским народом, в которой исполнение предполагается во времени, не обходится без задатка: совершается ли купля-продажа, покупатель дает задаток продавцу; заключается ли договор о найме имущества или о личном найме, наниматель дает задаток... Очень близко к задатку стоит залог. Неустойка имеет широкое применение во всевозможных сделках, облеченных в письменную форму. Она играет нередко неблагоприятную роль в жизни, являясь могучим средством, которым пользуется займодавец, чтобы держать в своих руках запутавшегося в делах должника. Обеспечение, доставляемое неустойкой праву требования по обязательству, состоит в том, что должник побуждается к точному исполнению своей обязанности опасением осложнения ее, увеличения содержания действия, составляющего предмет обязательства.

¹ См. например: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002; *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула, 2001.

² *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. С. 379.

Несмотря на всю распространенность, задаток и неустойка далеко не способны достичь цели обеспечения обязательства. Если страх перед неустойкой является побудителем к исполнению обязательств, то действие ее состоит в зависимости от возможности для должника вообще исполнять свои обязательства. Когда имущественное положение его расшаталось, то должник не в состоянии уплатить ни главной суммы, ни неустойки. Задаток представляет еще менее совершенное средство обеспечения, потому что задаточная сумма бывает обыкновенно невелика, иначе выдача ее была бы затруднительна, а между тем, если для должника уклонение от главного обязательства представляет выгоду, то он охотно пожертвует задатком. Как средство обеспечения, поручительство стоит, несомненно, выше, потому что здесь к ответственности привлекаются новые лица, выбираемые для этой цели ввиду их состоятельности»¹.

Из приведенного анализа способов обеспечения исполнения обязательств, данного Г.Ф. Шершеневичем, видно, что залог и неустойка становятся одними из ведущих способов обеспечения только при достаточно интенсивном развитии экономики, сосредоточении значительных материальных средств в руках субъектов гражданских правоотношений и высоком уровне достатка общества в целом.

Г.Ф. Шершеневич так определял залоговое право: «залоговым правом признается право на чужую вещь, принадлежащее верителю в обеспечение его права требования по обязательству и состоящее в возможности преимущественного удовлетворения из ценности данной вещи»². При использовании залога в качестве обеспечительной меры требование кредитора обеспечивается путем выделения из всего состава имущества должника известной индивидуальной определенной части, которая должна служить исключительным средством удовлетворения только данного требования, с устранением прочих кредиторов³.

Г.Ф. Шершеневич является наиболее ярким и последовательным приверженцем взгляда на залоговое право как вещное. Он считал, что вещный характер его обнаруживается из того, что, имея своим объектом вещь, оно всюду следует за ней (*droit de suite* — сопутствующее право) независимо от права собственности на нее, которое может переходить от одного лица к другому. Оно является вещным правом, относящимся к группе прав на чужую вещь, так как только ценность чужого имущества может служить обеспечением права требования. Полагая, что объектом залогового права, как вещного, может быть только вещь в материальном смысле слова, он пояснял: все, что может быть продано, может быть и заложено. Г.Ф. Шершеневич считал, обязательства не могут быть признаны объектом залогового права, потому что они не дают вещного права⁴. При этом он указывал, что при так называемом залоге обязательств отсутствует,

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 379—385.

² Там же. С. 315.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 291.

⁴ В поддержку своей аргументации Г.Ф. Шершеневич приводил пример залога векселя. Его аргументация представляет интерес и для современного права в связи с дискуссией по поводу отнесения права залога к вещному, обязательственному или вещно-обязательственному праву. Он писал: «Если должник в обеспечение своего долга передает кредитору принадлежащий ему вексель, то кредитор никакого права не приобретает. Правда, нахождение векселя у кредитора может повредить интересам должника, потому что, вследствие этого обстоятельства, он не может ни учесть вексель, ни предъявить его к взысканию, но кредитору это не дает какого-либо права. Должник может быть также заинтересован в возвращении отданного в обеспечение паспорта, но никто не признает здесь залога за отсутствием ценности. Кредитор может побудить должника к исполнительности даже обладанием компрометирующего письма, но такие

кроме вещного свойства, и другой существенный признак залога — возможность продажи заложенной вещи и удовлетворения из его ценности. Если бы даже закон признал за кредитором право просить суд о предоставлении ему взыскания по заложенному документу, то все-таки здесь была бы принудительная передача прав, а не продажа. Вопреки существующему законодательству он считал возможным существование нескольких, последовательно устанавливаемых залоговых прав на одну и ту же вещь¹.

Определяя залог как вещное право, Г.Ф. Шершеневич тем не менее указывал на наличие некоторых особенностей, которые отличают его от других вещных прав: 1) оно не имеет самостоятельного значения, а стоит в зависимости от права по обязательству, 2) тогда как содержание других вещных прав заключается в пользовании вещью, залоговое право не дает ни владения, ни пользования, 3) залоговое право дает субъекту его несравненно большее правомочие, чем другие вещные права, — оно может повлечь за собой лишение собственника принадлежащего ему права собственности, он отмечает, что собственник, отдавая вещь в залог, не лишил себя права распоряжения, 4) залоговое право — это право на чужую вещь, 5) залоговое право — дополнительное отношение, предполагающее наличие другого, обязательственного отношения (акцессорность). Как дополнительное, вещное право залога не может возникнуть ранее обязательственного права и не может продолжаться, когда прекратилось обязательственное отношение².

Большой интерес представляют взгляды Г.Ф. Шершеневича на такую конструкцию залоговых правоотношений, как «залог как право присвоения». Очевидно, что основным интересом, обусловившим законодательное закрепление залога как права присвоения, был интерес кредитора снизить свои риски в залоговом правоотношении. При этом рискован интересам должника в данной конструкции залога уделялось последнее место.

В настоящее время труды Г.Ф. Шершеневича нисколько не утратили своей актуальности, а наоборот, с развитием обязательственных отношений, формированием обширной судебной практики, приобретают еще большее значение для науки гражданского права.

О.Ф. Ильина,

ст. преподаватель кафедры частного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета (г. Набережные Челны)

Основания возникновения обязательств по римскому праву и гражданскому праву России: сравнительный анализ

Анализируя различные суждения по поводу понятия обязательства и оснований возникновения обязательств, классические римские юристы пришли к выводу, что оно представляет собой правовое отношение, в силу которого одна сторона (кредитор) имеет право требовать, чтобы другая сторона (должник-дебитор)

побуждения не имеют ничего общего с залогом, хотя бы и достигали фактически той же цели» (Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 319—320).

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 315, 319—320.

² См. там же. С. 115—116.

что-либо дала, сделала или предоставила (см. Институции 3.13 pr; Дигесты 44.7.3 и др.). Называют его «правовыми оковами», «путами». «До возникновения обязательства лицо совершенно свободно. Вступив в обязательство, оно определенным образом ограничивает себя, обременяет обещаниями, стесняет свободу, возлагая на себя какие-то правовые обязанности, правовые оковы, юридические путы», — говорил римский юрист Павел. Согласно Законам XII таблиц в древнейшие времена к неисправному должнику применялись настоящие оковы и путы. Таблица III содержит норму, в соответствии с которой кредитор при неисполнении должником своего обязательства имеет право забрать его в свой дом и наложить на него колодки или оковы весом не менее или более 15 фунтов.

Римский юрист Гай утверждал в своих Институциях: «Всякое обязательство возникает либо из контракта, либо из деликта. Следовательно, обязательства возникали из: договоров, т.е. законодательно признанного и одобренного соглашения между сторонами, заключенного по доброй воле (*bona fidae*), и деликтов — вследствие совершения правонарушения, т.е. незаконного акта.

С течением времени было замечено, что существуют и защищаются как обязательства не только из договоров, деликтов, но и из других, юридически ранее не закрепленных оснований. В Дигестах имеется следующая фраза: «Обязательства возникают либо из договора, либо из правонарушения, либо своеобразным образом, из различных видов оснований (D. 44.7)». Позже юрист Гай назвал их «как бы договорными (квазидоговорными) и как бы деликтными (квазиделиктными)». Такое определение Гая об основаниях возникновения обязательств и было закреплено в Институциях Юстиниана (середина VI в н.э.), окончательно утвердив деление обязательств на четыре вида: обязательства, возникающие из: 1) договора; 2) как бы из договора; 3) из деликта; 4) как бы из деликта.

Римская частноправовая система (*ius privatum*) знала признаваемые и защищаемые гражданским правом четыре разновидности контрактов: вербальные, литературные, консенсуальные, реальные.

По мере развития хозяйственной деятельности, торговли, реалии жизни «создали» и иные — безымянные (по мнению византийского профессора права Стефания) контракты. Их гражданское право не признавало и не защищало. Они стали защищаться нормами права народов (*ius gentium*) и преторским правом.

Наиболее часто встречающимися частноправовыми деликтами, на основании которых возникали обязательства, были:

1) личная обида (*iniuria*) — неправомерные действия, посягательства на неприкосновенность личности. Обида могла выражаться как в телесном, так и в моральном ущербе;

2) кража (*furtum*) — посягательства на имущество частного лица, похищение вещи, грабеж, неправомерное удержание, пользование чужой вещью;

3) уничтожение и повреждение чужого (частного лица) имущества (*damnum iniuria datum*) — неправомерные действия, выразившиеся в материальном повреждении, уничтожении чужого недвижимого имущества либо манципируемых движимых вещей (скот, рабы, строения и др.).

Обязательства «как бы из договора» возникали, если между сторонами устанавливались отношения, напоминающие договорные обязательства, но стороны не заключали ни один из предусмотренных римским частным правом договоров.

Основными видами таких обязательств были: ведение чужих дел без поручения (*negatorium gestio*) и обязательство из неосновательного обогащения.

К обязательствам «как бы из деликтов» относился закрепленный в кодификации Юстиниана (середина VI в н.э.) исчерпывающий перечень обстоятельств, вызывающих:

а) ответственность судьи за умышленно неправильное или небрежное разрешение судебного дела или за нарушение каких-либо судейских обязанностей;

б) ответственность лица, из дома которого хотя бы и без вины хозяина, что-нибудь выброшено или вылито на улицу. Пострадавшее лицо (пострадавшее лично или понесшее ущерб в результате гибели раба, животного, например) могло предъявить иск о взыскании двойной стоимости ущерба или штрафа. Если вылитое или выброшенное привело к смерти проходившего мимо свободного человека, то штраф составлял 50 000 сестерциев. Впоследствии при установлении виновного лица ущерб, возмещенный хозяином дома пострадавшему, возлагался на него. Если вещь сбрасывалась с дома и нельзя было установить, кто именно из жильцов, работников сбросил ее, то все они несли солидарную ответственность по возмещению ущерба;

в) ответственность хозяина дома, если у этого дома что-нибудь повешено или поставлено так, что могло причинить вред прохожим. Иск мог подаваться любым гражданином, который заметил такие предметы;

г) ответственность хозяев корабля, гостиницы или постоялого двора, конюшен за кражу, совершенную их слугами по отношению к проезжающим. В этом случае хозяева корабля, постоялого двора, конюшни несли ответственность в двойном размере стоимости украденной вещи.

Обязательственное право в римском частном праве призвано было регулировать и имущественные и неимущественные правоотношения, возникающие между гражданами и иными субъектами.

В современном гражданском праве России обязательственное право также представляет собой его составную часть, нормы которой призваны регулировать в основном имущественный (экономический) оборот, определенные имущественные отношения, которые выражают переход имущественных благ от одних лиц к другим. Доктор юридических наук, профессор Е.А. Суханов, сравнивая вещные и исключительные права с обязательственным правом, говорит, что «если первые составляют своего рода «скелет» гражданского права, то обязательственное право — его «плоть и кровь», «кровеносную систему», которая питает всю организацию складывающихся в обществе имущественных взаимосвязей». Классик русской цивилистики Г.Ф. Шершеневич, анализируя гражданские правоотношения имущественного и неимущественного характера, утверждал, что правоотношения неимущественного характера не могут ныне приобретать форму обязательств. «Невозможно, например, появление гражданско-правового обязательства сына перед родителями поступить на учебу в университет, отказаться от вредной привычки или признать честь и достоинство определенной личности», — говорил он. Многие авторитетные цивилисты (И.Б. Новицкий, И.А. Покровский, Л.А. Лунц и др.) в своих трудах не согласны с таким суждением. Однако их идеи остаются быть идеями, не имеют законодательного закрепления.

Основным делением обязательства на различные группы, виды и типы в современном гражданском праве также является основание его возникновения. Выделяют: обязательства из договоров и иных (односторонних) сделок; обязательства из неправомерных действий; обязательства из иных юридических фактов (ср. п. 2 ст. 307 ГК РФ).

Обязательства из договоров из-за своей многочисленности подвергаются более детальной систематизации и разделяются на типы: обязательства по передаче имущества в собственность; обязательства по передаче имущества во владение; обязательства по производству работ; обязательства по оказанию услуг; обязательства по использованию прав на результаты творческой деятельности и средства индивидуализации; обязательства из многосторонних сделок.

В свою очередь типы договорных обязательств подразделяются на виды и подвиды.

Многие ранее в римском праве называемые вербальными (словесно, устно заключаемые) и литеральными (письменно оформляемые) контракты ныне образуют форму любого консенсуального или реального договора. Общие положения о них закреплены в ст. 158–165 ГК РФ. Так называемые безымянные контракты по мере исторического развития правовой системы нашли свои «названия – имена». Например, оценочный договор стал называться договором комиссии; словесная формула контракта «вещь на вещь» – договором мены и т.п.

Квазиконтрактные обязательства римского частного права вошли почти в неизменном виде в группу обязательств из односторонних сделок (гл. 53 ГК РФ) и обязательств из причинения вреда (гл. 57 ГК РФ).

Конкретные обстоятельства, послужившие основанием возникновения по римскому праву деликтных и квазиделиктных обязательств, кардинально изменились: все частноправовые деликты, рассматриваемые римским частным правом (личная обида, кража, уничтожение и повреждение чужого имущества) как основание возникновения обязательств, современной правовой системой отнесены в разряд уголовно наказуемых преступлений, а количество квазиделиктных по содержанию обязательств намного увеличилось: они образуют обязательства из причинения вреда. В гражданском праве РФ им посвящен целый раздел XVI (гл. 55–57), где подробно раскрывается их содержание, приводятся отдельные виды, основания и условия установления деликтной (фактически квазиделиктной) ответственности. Положения об основаниях и условиях деликтной ответственности как в римском частном праве, так и в современном гражданском праве остались почти неизменными.

Что касается третьего основания возникновения обязательств, закрепленных современным правом, можно утверждать, что в отношении них аналогии в римском праве отсутствуют, поскольку они связаны с изменениями экономической и общественной жизни человеческой цивилизации за период с VI в. нашей эры по сегодняшний день.

Е.В. Кобчикова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Договор об образовании

Принципиальным новшеством принятого 29 декабря 2012 г. Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» (далее – Закон об образовании) стало появление конструкции договора об образовании. Закон прямо говорит, что отношения между организацией, осуществляющей образовательную деятельность, и лицом, зачисляемым на обучение (родителями (законными представителями) не-

совершеннолетнего лица), а также физическим или юридическим лицом, обязующимся оплатить обучение лица, зачисляемого на обучение, являются договорными. Несомненно, что в настоящее время договорные отношения между образовательной организацией и обучающимся, а также его законными представителями гораздо предпочтительней, чем отношения командно-административные; это также обозначает дальнейшую демократизацию взаимоотношений между образовательной организацией и обучающимся и его законными представителями. Прежде всего необходимо определить правовую природу договора об образовании и его отраслевую принадлежность. Конечно, конструкция договора широко используется в разных отраслях права: гражданском, семейном, публичном, международном, административном. Можно ли рассматривать этот договор как гражданско-правовой либо это институт самостоятельной отрасли образовательного права?

Любой договор может заключаться между субъектами, занимающими равное положение. Какие же правоотношения возникают между образовательной организацией, обучающимся и его родителями (законными представителями)?

Несомненно, что договор об образовании определяет в первую очередь так называемые горизонтальные правоотношения между образовательной организацией и обучающимся (его законными представителями). Такой договор регулируется образовательным законодательством с помощью норм образовательного права как самостоятельной отрасли права. Надо указать, что образовательное право является комплексной отраслью права. Как неоднократно отмечалось, в состав образовательного права входят комплексные институты отраслей образовательного и гражданского права, комплексные институты отраслей образовательного и административного права, комплексные институты отраслей образовательного и трудового права и др.¹

С помощью таких институтов конкретизируются нормы, например, гражданского права применительно к специфике образовательных правоотношений.

В связи с этим представляется возможным отнести договор об образовании к комплексному институту отраслей образовательного и гражданского права. Нормы, регулирующие договор об образовании, если их рассматривать как гражданско-правовые нормы, претерпели существенную модификацию, которая обусловлена спецификой вышеназванного договора. Эти нормы применяются только в пределах одной отрасли образовательного права и не могут применяться за пределами образовательных правоотношений. Чтобы обеспечить полное и целостное регулирование в данном случае законодатель доработал детали механизма реализации норм отрасли гражданского права; без этой доработки действие таких норм в сфере образовательных правоотношений было бы неэффективным и порождало бы споры и невозможность их единообразного применения в правоприменительной практике.

В соответствии с новым законом об образовании основанием возникновения образовательных отношений является распорядительный акт организации, осуществляющей образовательную деятельность, о приеме лица на обучение в эту организацию. Договор об образовании заключается в случае осуществления образовательной деятельности индивидуальным предпринимателем (п. 1 ст. 53 Закона об образовании). Кроме того, в случае приема на обучение по образовательным программам дошкольного образования или за счет средств физических и(или) юри-

¹ См.: Сырых В.М. Введение в теорию образовательного права // <http://www.lexed.ru/pravo/theory/cyryh>

дических лиц изданию распорядительного акта о приеме лица на обучение в организацию, осуществляющую образовательную деятельность, предшествует заключение договора об образовании (п. 2 ст. 53 Закона об образовании).

Таким образом, законодатель предусмотрел заключение договора об образовании в трех случаях: во-первых, если образовательную деятельность осуществляет индивидуальный предприниматель; во-вторых, в случае приема на обучение по образовательным программам дошкольного образования; в-третьих, если обучение производится за счет средств физических и (или) юридических лиц.

Получается, что при приеме в муниципальную общеобразовательную организацию или государственную образовательную организацию высшего образования за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации и местных бюджетов заключения договора об образовании не требуется.

Представляется ли такой подход оправданным? По нашему мнению, заключение договора об образовании во всех случаях, в том числе и при приеме на обучение за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации и местных бюджетов, позволил бы сделать более эффективным контроль обучающихся и их законных представителей как основных потребителей образовательных услуг за работой образовательной организацией, а также упорядочить взаимоотношения между образовательной организацией и обучающимися и их законными представителями.

В отличие от ГК РФ, где для каждого договора содержится легальное определение, Закон об образовании, к сожалению, не содержит легального определения договора об образовании. Исходя из текста Закона об образовании, договор об образовании можно определить как соглашение, заключаемое между образовательной организацией и лицом, зачисляемым на обучение (родителями (законными представителями) несовершеннолетнего лица) либо образовательной организацией, лицом, зачисляемым на обучение, и физическим или юридическим лицом, обязующимся оплатить обучение лица, зачисляемого на обучение, по поводу основных характеристик образования, в том числе вида, уровня и (или) направленности образовательной программы, формы обучения, срока освоения образовательной программы, оснований расторжения договора об оказании платных образовательных услуг в одностороннем порядке образовательной организацией, а также полная стоимость платных образовательных услуг и порядок их оплаты в случае, если обучение производится за счет средств физического или юридического лица.

Таким образом, в договоре об образовании в качестве условий должны указываться: вид образовательной программы; уровень образовательной программы; направленность образовательной программы; форма обучения; срок освоения образовательной программы; основания расторжения договора в одностороннем порядке образовательной организацией, если обучение производится за счет средств физических или юридических лиц; полная стоимость платных образовательных услуг; порядок оплаты платных образовательных услуг.

На наш взгляд, также в качестве обязательных условий договора желательно было бы включить положения об ответственности сторон, в частности положения об ответственности образовательных организаций, что усилило бы защиту прав и законных интересов обучающихся.

Согласно Закону об образовании изменение договора об образовании возможно как по инициативе обучающегося (родителей (законных представителей) несовершеннолетнего обучающегося), так и по инициативе образовательной организации, по взаимному соглашению сторон, а также в случае изменения условий получения обучающимся образования по конкретной основной или дополнительной образовательной программе.

Расторжение договора об образовании может быть произведено:

- по взаимному соглашению сторон;
- по инициативе обучающегося или родителей (законных представителей) несовершеннолетнего обучающегося (п. 2 ст. 61 Закона об образовании);
- по инициативе образовательной организации, в случае применения к обучающемуся, достигшему возраста 15 лет, отчисления как меры дисциплинарного взыскания в случае невыполнения обучающимся по профессиональной образовательной программе обязанностей по добросовестному освоению такой образовательной программы и выполнению учебного плана, а также в случае установления нарушения порядка приема в образовательную организацию, повлекшего по вине обучающегося его незаконное зачисление в образовательную организацию (п. 2 ст. 61 Закона об образовании);
- по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (например, в случае ликвидации образовательной организации) (п. 2 ст. 61 Закона об образовании);
- договор об оказании платных образовательных услуг может быть расторгнут в одностороннем порядке образовательной организацией в случае просрочки оплаты стоимости платных образовательных услуг, а также в случае, если надлежащее исполнение обязательства по оказанию платных образовательных услуг стало невозможным вследствие действий (бездействия) обучающегося (п. 7 ст. 54 Закона об образовании).

Договор об образовании, заключаемый при приеме на обучение за счет средств физического или юридического лица Закон об образовании называет договором об оказании платных образовательных услуг. Таким образом, договор об оказании платных образовательных услуг Законом рассматривается как разновидность договора об образовании. Возникает вопрос: в какой мере этот договор подпадает под действие норм ГК РФ вообще и гл. 39 ГК РФ в частности?

Учитывая, что Закон об образовании практически не содержит норм, регулирующих договор об оказании платных образовательных услуг отдельно, представляется целесообразным распространение на него норм гл. 39 ГК РФ и норм ГК РФ в целом. Такое положение дел будет соответствовать и сложившейся ранее правоприменительной практике. Данный договор представляется возможным отнести к комплексным институтам отраслей образовательного и гражданского права. В связи с этим на договор об оказании платных образовательных услуг можно будет распространить действие норм ст. 450 и 451 ГК РФ об основаниях изменения и расторжения договора, в том числе и в связи с существенным нарушением договора другой стороной.

Можно ли рассматривать любой договор об образовании, в том числе и на обучение за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации и местных бюджетов рассматривать как относящийся к комплексным институтам отраслей образовательного и гражданского права?

Положительный ответ на этот вопрос даст, на наш взгляд, возможность строить взаимоотношения между обучающимися и образовательными учреждениями на основе принципов свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства третьей стороны в договорные отношения и судебной защиты нарушенных прав.

Е.Ю. Ковалькова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Казанский филиал Российской академии правосудия

Значение идей Г.Ф. Шершеневича о праве и нравственности для развития и совершенствования законодательства о размещении заказов

На современном этапе развития общества все большую актуальность и практическую значимость приобретают нравственные основания как неотъемлемый атрибут и отличительный признак правового государства. Нравственная природа права выражается, с одной стороны в его функциях и принципах, социальном значении, с другой стороны, играет роль активного инструмента преобразования общества. При этом право и нравственность, как справедливо отмечено профессором Г.Ф. Шершеневичем, лежат в одной плоскости. Различные аспекты нравственности интересуют многих отраслевых исследователей права, однако вопросам их соотношения в настоящее время не уделяется должного внимания. В связи с этим обращение к научным воззрениям Г.Ф. Шершеневича интересно не только с историко-познавательной точки зрения, но и имеет большое научно-теоретическое и методологическое значение. Как он сам отмечает, именно «в отграничении права от нравственности и состоит правильный подход к выяснению сущности права».

Проведенный Г.Ф. Шершеневичем анализ соотношения права и нравственности позволяет выделить несколько подходов. Согласно одной точке зрения право и нравственность разграничиваются как внешняя (право, независимо от мотивов, смотрит на результаты поведения) и внутренняя (нравственность, наоборот, имеет в виду мотивы поведения) сторона поведения. Противоположный взгляд выражается формулой «право есть этический минимум». Теория Н.М. Коркунова (также направлена на сближение права с нравственностью) достаточно специфична — нравственность дает оценку интересов, право разграничение (нравственная оценка при столкновении интересов, при их равноценности или тождественности не способна их устранить, тогда необходимое разграничение выполняется правом). В соответствии с подходом, высказанным Л.И. Петражицким, право полностью находится в сфере внутреннего переживания и только там проводится грань между ними, что, по мнению Г.Ф. Шершеневича, не может иметь научной состоятельности.

Особо следует отметить подход Г.Ф. Шершеневича, заключающийся в том, что объединенное действие нравственности и права обусловлено единством целей, преследуемых нормами того и другого вида, влияния на поведение людей с социальной точки зрения. Именно поэтому право и нравственность в значительной ча-

сти совпадают в своем содержании. При этом он отмечает, что степень сближения и расхождения права и нравственности исторически может быть весьма различной.

Так, внутреннее духовное единство диалектически противоположных сущностей права и нравственности наиболее заметно, на наш взгляд, проявляется в отношениях, связанных с размещением заказов на выполнение работ, поставки товаров, оказание услуг для нужд бюджетных учреждений, муниципальных и государственных нужд (далее — размещение заказа). Правовое регулирование данной области общественных отношений направлено прежде всего на создание условий, стимулирующих добросовестную конкуренцию, экономное и эффективное расходование бюджетных средств, обеспечение прозрачности механизма осуществления закупок. Предполагалось, что четкая регламентация процедур размещения заказов будет способствовать устранению причин для коррупции и злоупотреблений при расходовании средств бюджетов разных уровней. Благие намерения, которые преследовались этим законом, в реальности оказались далеко от исполнения. Эффективность действия механизма закупок крайне невысока и обусловлена целым рядом проблем и трудностей: противоречивость и несовершенство норм российского законодательства; совершение всех видов закупок (как простой, так и технически сложной продукции, культурных ценностей, оказание услуг, выполнение работ и др.) одинаковыми формальными способами, в основе которых лежит цена и не учитываются ни эффективность поставляемого товара, работ, услуг, ни квалификация и надежность поставщика; коррупция в сфере размещения заказов; низкий квалификационный уровень специалистов, занятых в этой сфере, и пр.

В погоне за достижением поставленных в ст. 1 Закона целей было упущено самое главное — что назначение на самом деле одно: удовлетворение государственных и муниципальных нужд, а все остальное (развитие конкуренции, прозрачность, борьба с коррупцией и др.) скорее задачи, с помощью которых оно и должно достигаться. Вместе с тем понятие государственных и муниципальных нужд, с точки зрения права и нравственности, представляется категорией весьма неоднозначной. Как показывает анализ размещения заказов в Республике Татарстан, не менее половины основных нужд — это потребность в транспортных средствах, зачастую неоправданно дорогих. Также показательны казусы с закупкой элитных кроватей. Таких примеров можно привести достаточно много. Безусловно, существует потребность в определенных предметах, и возможно даже дорогих, но при этом не следует забывать, что используются бюджетные средства, которые могли быть востребованы на действительные потребности общества (медицина, наука, образование, дороги и др.).

В данном аспекте справедливо высказывание Г.Ф. Шершеневича о том, что, во-первых, содержание норм права может быть и нравственно-безразлично, например когда речь идет о процедурах — это вопрос не нравственности, а технической целесообразности. Во-вторых, содержание норм права может быть и безнравственно. Так поддержка местного производителя, субъектов малого предпринимательства, предусмотренная законом, может ущемлять права других лиц.

Механизм правового регулирования размещения заказов достаточно сложный, для достижения поставленных им целей используются различные средства. В большей своей части рассматриваемые нормы являются процедурными, устанавливающими единый порядок размещения заказов, т.е. по содержанию являясь нравственно-безразличными. При этом речь идет о регулировании отношений направленных

на эффективное использование средств бюджетов, расширение возможностей для участия различных лиц, развитие добросовестной конкуренции, совершенствование деятельности органов власти, предотвращение коррупции, а это уже вопросы скорее нравственности. Как справедливо отмечал Г.Ф. Шершеневич, обстоятельством, определяющим нравственность норм, выступает «общественная полезность действий».

Основное различие права и нравственности, как правильно подмечено Г.Ф. Шершеневичем, обнаруживается в тех санкциях, которые поддерживаются нормами каждого из них. Нормы права обладают несравненно большей свободой в их установлении и выявляют большую способность к видоизменению по сравнению с нормами нравственности. Так, за время действия закона неоднократно изменялись правила, ужесточающие ответственность в сфере размещения заказов. Прежде всего речь идет о привлечении к административной ответственности за нарушения, предусмотренные законом процедурного порядка (несоблюдение сроков и требований законодательства при принятии решения о способе размещения заказа; опубликование, предоставление, размещение недостоверной информации; нарушение условий контракта и др.). Однако контроль в данной сфере осуществляют не только уполномоченные на то органы, но и иные правоохранительные органы. Прокуратура Республики Татарстан также уделяет особое внимание проведению проверок «в такой подверженной коррупции сфере, как размещение заказов для государственных и муниципальных нужд».

Как уже отмечалось, соединенное действие права и нравственности основано на единстве целей. Нравственность, как отмечал Г.Ф. Шершеневич, сдерживает произвол законодательного творчества. Законодательство о размещении заказов неоднократно подвергалось изменениям. Однако если рассматривать действенность данного правового регулирования с позиции нравственности как общественной полезности действий, становится очевидной насущность вопроса о реформировании данной сферы и создании новой концепции размещения заказов, учитывающей накопленный опыт и отвечающей задачам модернизации и инновационного развития экономики.

Таким образом, исследование учений профессора Г.Ф. Шершеневича помогает не только оценить политико-правовые реалии минувших дней, но и по возможности творчески применить их в современных условиях. И как никогда актуально высказывание Г.Ф. Шершеневича о том, что право само должно быть нравственно...

Е.Б. Козлова,

к.ю.н., доцент кафедры

предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Конвергенция частных и публичных интересов в договорных отношениях в области создания объектов недвижимости

Деление права на частное и публичное есть фундаментальная проблема юриспруденции, которая уходит своими корнями в эпоху Древнего Рима, а споры вокруг нее проходят через всю историю права и каждое новое поколение юристов пытается вдохнуть жизнь в конструкцию такого разделения.

Классик российской цивилистики Г.Ф. Шершеневич в своих трудах представил обстоятельный анализ разных подходов к разделению права на частное и публичное. Он отмечал, что «основание для различия частного права от публичного стремятся найти или в самом содержании правоотношений, или в порядке их охранения, другими словами, — отличительный признак видят или в материальном, или в формальном моменте».

Критикуя различия по формальному моменту (в зависимости от того, кому принадлежит инициатива защиты нарушаемого права), он отмечал, помимо прочего, что «встречающееся в законодательстве распределение инициативы не соответствует сложившемуся в действительности различию» и что «слабая сторона формальной теории заключается в том, что она не удовлетворяет требованиям догматики, хотя и претендует на исключительно догматическое значение».

Г.Ф. Шершеневич проводил разделение права на публичное и частное с материальной позиции и, отстаивая теорию интереса (в зависимости от того, защищает ли право общественные интересы или частные интересы граждан), утверждал, однако, что «это различие, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорее признается инстинктивно, чем основывается на точных признаках» и «попытки установить пограничную линию далеко не безупречны».

Актуальным всегда оставался и вопрос соотношения и взаимодействия частного и публичного права и с этой точки зрения следует присоединиться к мнению о том, что наиболее адекватно процесс взаимодействия частного и публичного права отражает категория «конвергенция», под которой понимается объективный процесс проникновения публичного права в сферы частноправового воздействия и наоборот.

Как отмечается в научной литературе, новым этапом эволюции права на рубеже XX и XXI вв. стала глобализация, которая сформировала новую — модернистскую — концепцию взаимодействия и гармонизации частноправового и публично-правового регулирования, согласно которой конвергенция в сфере права рассматривается в качестве определяющей и усиливающейся тенденции мирового правового развития и является одним из основных условий интеграции современной России в мировое сообщество.

Наиболее ярко вопросы взаимодействия частного и публичного права представлены в настоящее время через категорию «государственно-частное партнерство», дефиниция которой на уровне федерального законодательства отсутствует, а актом субъекта Российской Федерации, в частности Постановлением Правительства Москвы от 2 сентября 2008 г. № 781-ПП «О городской целевой комплексной программе создания инновационной системы в городе Москве на 2008–2010 гг.», определяется как институциональный, так и организационный альянс между государством и бизнесом в целях реализации национальных и международных, масштабных и локальных, но всегда общественно значимых проектов в широком спектре сферы деятельности.

Рассматривая государственно-частное партнерство через систему интересов, то можно в целом присоединиться к утверждению о том, что это есть взаимовыгодное сотрудничество органов публичной власти и субъектов частного предпринимательства, основанное на сбалансированности публичных и частных интересов.

Государственно-частное партнерство в сфере создания объектов недвижимого имущества реализуется через несколько договорных конструкций. Речь в данном случае идет о договоре развития застроенной территории (ст. 46² ГрК РФ) и концессионном соглашении (ст. 3 Федерального закона от 21 июля 2005 г. «О концессионных соглашениях»). Реализация публичных интересов посредством первых двух даже зачастую ставит под сомнение гражданско-правовую природу данных договоров. Целый ряд исследователей, рассматривая правовую природу этих договоров, отождествляют их с административным договором. Действительно, и той, и другой договорной конструкцией опосредуется реализация как публичных, так и частных интересов, если принять за основу, что: 1) частный интерес — это интерес, в основе которого лежит потребность конкретного лица и именно она удовлетворяется в процессе его реализации; 2) публичный интерес — это общественный интерес, разделяемый государством, поощряемый им путем предоставления для этого специальных возможностей и средств, либо ограничения установлением общих правовых рамок и способов его достижения; 3) к числу государственных интересов можно отнести интересы, предполагающие удовлетворение потребностей государства как самостоятельного субъекта либо как образования, призванного заботиться об обеспечении общественных интересов в целом, а также частных интересов отдельных членов общества.

Для определения правовой природы указанных договоров недостаточно просто определить, чьи защищаются интересы, а необходимо выделить интерес преобладающий и исходя из этого установить, какова цель договора — достижение общественно-значимых результатов и реализация властных функций публичного субъекта или возникновение гражданско-правовых правоотношений.

Исходя из ст. 3 Федерального закона «О концессионных соглашениях» в результате реализации концессионного соглашения: создается или реконструируется недвижимое имущество и технологически связанное с ним движимое имущество; у концедента в случае создания объекта концессионного соглашения возникает право собственности на объект недвижимости; объект концессионного соглашения предоставляется концессионеру во временное владение и пользование целевым назначением. Речь идет не о чем ином, как о реализации интересов концедента как самостоятельного субъекта — равноправного участника гражданского оборота и частного интереса концессионера. Такие особенности концессионного соглашения, как обязательный публичный субъект (концедент), односторонние прерогативы этого публичного субъекта, его контрольные права и в определенной степени подчиненность публичному интересу могут быть рассмотрены как отдельные особенности или квалифицирующие признаки гражданско-правового договора. Издание соответствующего административного акта, на основании которого публичный субъект вступает в концессионное соглашение может рассматриваться как административная предпосылка.

Исследование соотношения частных и публичных интересов в договорных отношениях, связанных с развитием застроенных территорий, показывает их отягощенность публичным элементом, которая заключается в необходимости реализации органом местного самоуправления своих властных полномочий не только до заключения договора о развитии застроенной территории, но и в ходе его исполнения (утверждение проекта планировки застроенной территории, включая проект

ее межевания, с проведением публичных слушаний; принятие решения об изъятии жилых помещений и земельных участков, на которых расположены многоквартирные дома, подлежащие сносу). Однако реализация указанных административных функций органом местного самоуправления – не самоцель, а лишь этапы достижения единой цели, которая заключается непосредственно в развитии застроенной территории. Превалирующий интерес заключается в осуществлении строительных работ, реализация которых также в первую очередь удовлетворяет интерес публичного субъекта как равноправного участника гражданского оборота, частный интерес застройщика и публичный интерес в связи с развитием социальной инфраструктуры.

Конвергенция частных и публичных интересов в современном договорном праве подтверждает целесообразность дальнейших исследований в этой области в целях установления пределов вторжения государства в область имущественных интересов отдельных участников гражданского оборота.

Анализ системы интересов, реализуемых в рамках исполнения рассмотренных договоров, показывает необходимость дальнейшего изучения публичных и частных начал в договорном праве, что не просто развивает, но и актуализирует теорию интереса при разделении права на публичное и частное, которой придерживался классик российской цивилистики Г.Ф. Шершеневич.

Г.В. Колодуб,

к.ю.н., ст. преподаватель

кафедры гражданского и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Значение научного наследия Г.Ф. Шершеневича для исследования категории «исполнение гражданско-правовой обязанности»

Достижения каждого человека, накопленные на протяжении всей его жизни, – то мерило, которое позволяет потомкам судить о его успехах и неудачах, сформировать представление о степени развития личности. Подобный очевидный факт не всегда осознается при жизни и нередко не подкрепляется существующими достижениями.

При этом случаи, когда действительно можно выделить положительный результат деятельности конкретного человека как социального содержания, так и профессионального, всегда являются общим успехом самого индивида, его семьи, а также тех институтов гражданского общества (в частности, образовательных учреждений), благодаря которым реализуется природный потенциал.

Одним из ярких примеров становления, самореализации и успеха Человека и профессионала, с нашей точки зрения, служит фигура классика русской цивилистики Г.Ф. Шершеневича. Личность именно этого ученого и политического деятеля, которая тесным образом связана с его научными произведениями и полити-

ческими решениями, как никогда актуальными и востребованными в настоящих реалиях жизни, в творчестве современного юриста.

Итак, следует отметить, что посредством данной статьи нам хотелось бы, во-первых, отдать дань уважения Г.Ф. Шершеневичу в столь значимую для российской юриспруденции дату — 150-летие со дня рождения ученого, а во-вторых, подтвердить востребованность и особую важность его трудов и при исследовании современных проблем гражданского права.

В ходе изучения биографии и направленности научной работы Г.Ф. Шершеневича формируется стойкое представление о том, что цивилиста интересовали общие вопросы теории права и государства, русского гражданского права, которое он исследовал в сравнительном соотношении с практикой его применения. Разделяя научный подход отечественной социологической школы права (и лично симпатизируя С.А. Муромцеву), Г.Ф. Шершеневич в то же время ставил цель сместить вектор развития теоретических исследований с догматических подходов (что было свойственно для работ С.В. Пахмана и А.Х. Гольмстена) в сторону правоприменительных, т.е. показать связь и взаимопроникновение юридических норм и отношений и социальной действительности. Учитывая изложенное, нельзя не согласиться с выбранным и последовательно реализуемым в процессе всей его жизни подходом, в частности, применительно к задачам гражданского правоведения, которые, по мнению Г.Ф. Шершеневича, основывались в первую очередь на необходимости исследования генезиса юридических институтов — определения их четкого классификационного деления, анализа вопросов зависимости и взаимоисключения структурных элементов, выделения частных, специфических свойств и признаков элементов, образующих отдельные системы (институты).

Таким образом, полагаем, что одно из наиболее важных достижений Г.Ф. Шершеневича, позволившее модернизировать, обновить, активизировать науку гражданского права, — это межотраслевое наполнение гражданского права приемами и подходами, обоснованными и апробированными социологической наукой. Как представляется, основная суть данного достижения заключается в том, что ученому удалось не только поставить во главу угла насущные вопросы права, но и дополнить их проблемами влияния права на общественные отношения, зависимости права от природы общества («общности интересов»; «сотрудничества»; «организации»), от процессов и процедур его развития. В итоге Г.Ф. Шершеневич заострил внимание научной общественности на первостепенности конкретной цели — определение, закрепление и отлаживание действия необходимых механизмов функционирования государства, а также правовой системы.

Взяв за основу описанный подход, нам удалось определенным образом продвинуться в исследовании частного цивилистического вопроса, а именно определении правового статуса и правового содержания научной категории «исполнение гражданско-правовой обязанности». В связи с этим остановимся на ряде аспектов нашей авторской теории, делая конкретные отсылки к значимым и используемым работам Г.Ф. Шершеневича.

Очевидным фактом является то, что научная абстракция «исполнение гражданско-правовой обязанности» распространена и широко применима на практике, выступает в качестве непосредственного и незаменимого способа описания правовых явлений и процедур, в частности, применительно к обязательственному пра-

воотношению. Указанная категория обладает и высокой степенью теоретической значимости, что подчеркивалось еще в цивилистических исследованиях классического периода развития науки. Так, свое представление о содержании исполнения гражданско-правовых обязанностей имелось у Г.Ф. Шершеневича. Раскрывая возможные «действенные» варианты реализации содержания обязательно-правового явления, классик опирался на группы обязанностей, исполнение которых необходимо: а) передача одним лицом другому вещи в собственность; б) предоставление лицу права пользования вещью; в) совершение в пользу другого лица личной услуги, например личный наем, доверенность; г) воздержание от тех действий, исключительное право совершения которых принадлежит должнику, например издательский договор.

Рассуждения Г.Ф. Шершеневича натолкнули на мысль о том, что содержание правового явления «исполнение гражданско-правовой обязанности» следует представлять вариативно, выделяя действительно значимые особенности и свойства данного образования.

На один из аспектов содержания исполнения субъективных обязанностей, на который, по нашему мнению, стоит обратить внимание, — индивидуальный интерес субъектов исполнения.

Необходимо учитывать, что «юридическое отношение, принуждающее одно лицо к совершению действия в пользу другого, предполагает у последнего наличие интереса в выполнении этого акта. Где нет такого интереса или где он прекратился, хотя и был вначале, там нет обязательства или с того времени оно прекращается, хотя до этого момента имело полную силу». Разделяя позицию Г.Ф. Шершеневича, подчеркнем тот факт, что не должно допускаться устранение интереса при исполнении гражданско-правовой обязанности (законодателем — в общих договорных конструкциях, сторонами — при конкретной договорной регламентации), поскольку при таком подходе рассчитывать на действительное достижение идеального результата развития гражданско-правового обязательства не приходится. Общность, солидарность интересов граждан могут приводить к единству сделок. Но всегда ли данное единство присутствует, а главное, всегда ли оно необходимо? Если для цивилистики социалистического периода утвердительный ответ на эти вопросы был бесспорен, так как данная общность являлась «гарантией добровольного и добросовестного выполнения обязательств», то для современного гражданского оборота видится правильным диаметрально противоположный подход.

Представляется, что существующие условия развития гражданского оборота, в частности отношения по исполнению отдельных обязанностей, обязательства в целом, не позволяют говорить об общности, единстве интересов сторон. Напротив, целесообразно исходить лишь из соприкосновения, некоего необходимого сближения интересов участников правоотношения по базисным (в идеале) моментам исполнения, учитывая подобное обстоятельство и для воли контрагентов, у которых имеются свои самостоятельные основания вступления, изменения и реализации обязательства. Необходимо осуществить переход от отжившей себя и как следствие необеспеченной (как это было на предыдущем этапе развития нашего государства) идеи единства коллективного усилия в обязательстве к свойственной настоящей правовой действительности идее соприкосновения индивидуальных воли и инте-

реса, направленных на образование идеального правового результата, единого для гражданско-правового обязательства и исполнения обязанности.

Ввиду того что поведение человека есть «резльтирующий вектор совокупного воздействия на личность всей массы общественных факторов и правовых императивов, составляющих органическую часть системы общественной регуляции, действующих не изолировано, а во взаимосвязи», при исполнении обязанности на начальном этапе следует различать такие субъективные аспекты: а) непосредственное осознание субъектом обязательственного правоотношения предоставленных ему прав; б) осознание субъектом наличия возложенной на него обязанности; в) осознание субъектом наличия для него ответственного требования исполнения обязанности; г) осознание субъектом потенциальной возможности испытать неблагоприятные последствия, определенные лишения или наказание в случае неактивизации поведения; д) формирование понимания порядка исполнения.

Подводя итог краткому описанию положений концепции исполнения гражданско-правовой обязанности, которые обусловлены научным подходом, связанным с исследованием механизма осуществления гражданских прав, отметим следующее.

Во-первых, идея необходимости выделения и последующего отождествления момента возникновения обязанности с фактом волеизъявления участника обязательственного правоотношения, описанная Г.Ф. Шершеневичем, на сегодняшний день имеет законодательное закрепление как момент заключения договора (ст. 433 ГК РФ).

Во-вторых, в нашей разработке предлагается рассматривать исполнение гражданско-правовой обязанности в качестве универсально применимой юридической категории, включенной в механизм осуществления гражданских прав, т.е. как индивидуально интересующую стороны обязательства юридическую процедуру, направленную на прекращение вспомогательной сделки, обеспечивающую действительное получение блага.

К.И. Коробко,

к.ю.н.,

зав. кафедрой гражданского права и процесса,
Сыктывкарский государственный университет

Форма договора на оказание платных медицинских услуг, предоставляемых субъектами частной системы здравоохранения

Рассматривая становление частной системы здравоохранения, необходимо отметить, что уже в дореволюционной России в крупных городах за плату осуществляли свою деятельность частные клиники и частнопрактикующие врачи, а также учреждения общественных и благотворительных обществ. В связи с постоянным ростом населения, занятого в крупной промышленности, увеличивалось и количество больных, обращающихся за медицинской помощью, а мест в городских больницах не хватало.

Как следствие, политика государства была направлена на поощрение развития частной инициативы, особенно в области специализированной помощи¹. Так, перед Первой мировой войной в Петрограде насчитывалось 149 частных лечебниц (484 койки), в Москве — 88 лечебниц (959 коек), в Харькове — 30 (476 коек), в Ростове-на-Дону — 13 (126 коек), в Саратове — 12 (131 койка)².

Интересным представляется нормативное регулирование формы договора личного найма, посредством которого регламентировалось в том числе предоставление платных медицинских услуг в рассматриваемый период. Законодательство того периода устанавливало, что личный наем в основании своем имел договор. Интересным представляется мнение Г.Ф. Шершеневича, который считал, что требование письменной формы чрезвычайным и ничем не оправдываемым стеснением ежедневного оборота, в котором личный наем играет выдающуюся роль, в связи с чем письменная форма должна быть признана необходимым условием доказательной силы договора личного найма только в тех случаях, когда она прямо указана законом³. Законодательство рассматриваемого периода специально не выделяло договор оказания платных медицинских услуг в отдельный вид договоров.

Развитие рыночных отношений, осознание гражданами ценности здорового образа жизни, а также невозможность государственной и муниципальной системы здравоохранения Российской Федерации в ряде случаев удовлетворить потребности граждан в качественной и своевременной медицинской помощи явились катализатором динамичного развития частной системы здравоохранения.

В соответствии со ст. 84 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» граждане имеют право на получение платных медицинских услуг, предоставляемых по их желанию при оказании медицинской помощи, платные медицинские услуги оказываются пациентам за счет личных средств граждан, средств работодателей и иных средств на основании договоров, в том числе договоров добровольного медицинского страхования.

В силу п. 16 Постановления Правительства РФ от 4 октября 2012 г. «Об утверждении правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг» договор заключается потребителем (заказчиком) и исполнителем в письменной форме.

Из вышеизложенного следует, что одним из ключевых аспектов предоставления медицинских услуг субъектами частной системы здравоохранения является заключение договора.

На сегодняшний день основным нормативным правовым актом, регулирующим отношения по возмездному оказанию медицинских услуг, является ГК РФ. В п. 2 ст. 779 ГК РФ указывается, что правила гл. 39 «Возмездное оказание услуг» применяются к договорам оказания медицинских услуг. Однако гл. 39 ГК РФ содержит всего пять статей, непосредственно регулирующих возмездное оказание услуг. По всем остальным вопросам, не урегулированным гл. 39 ГК РФ, имеются отсылочные нормы к общим положениям о подряде, бытовом подряде.

¹ См.: Гончарова С.Г. Развитие частной медицины в городах России в начале XX века // Здравоохранение Российской Федерации. 2007. № 4. С. 43.

² См.: Жбанков Д.Н. Сборник по городскому врачебно-санитарному делу в России. М., 1915. С. 460–461.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 366.

Учитывая то, что оказание медицинских услуг затрагивает одну из самых важных сторон жизни человека — его здоровье, целостность его организма, долгое время в научных кругах обсуждался вопрос о том, что в силу специфических особенностей, присущих как самим отношениям, так и субъектам — участникам договора возмездного оказания медицинских услуг, данный договор должен быть детально определен в специальном нормативном правовом акте с указанием его предмета, прав и обязанностей сторон, существенных его условий, формы и т.п.¹

Однако позволим себе не согласиться с предложенной точкой зрения.

Автор статьи придерживается мнения, что принятие отдельного нормативного правового акта, регулирующего отношения по договору возмездного оказания медицинских услуг, является необоснованным и не отвечает сложившейся в современном законодательстве тенденции к сокращению числа нормативных правовых актов с узкой сферой регулирования.

На сегодняшний день ключевые аспекты заключения договора возмездного оказания услуг закреплены в Постановлении Правительства РФ «Об утверждении правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг». В частности, указанным Постановлением Правительства РФ регламентируется обязательные реквизиты договора возмездного оказания платных медицинских услуг, количество экземпляров договора, механизм предоставления дополнительных медицинских услуг, сроки и порядок предоставления платных медицинских услуг, порядок оплаты и документационного оформления данных услуг.

К.В. Костина,

соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

О проблеме гармонизации частных и публичных интересов в гражданско-правовом регулировании отношений по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи в современной России

Поиск оптимального баланса в соотношении частных и публичных интересов характерен для всей истории развития гражданского права. Р. Иеринг еще в конце XIX в. доказывал, что основным предназначением права является «уравновешивание интересов в обществе и нахождение баланса между ними»².

Известный цивилист Г.Ф. Шершеневич утверждал, что «человек действует не так, как побуждают его собственные интересы, он считает необходимым ограничить себя в возможном фактически осуществлении интересов из-за интересов

¹ Ломакина И.Г. Гражданско-правовое регулирование отношений по оказанию медицинских услуг в Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2006. С. 9.

² Иеринг Р. Борьба за право. М., 1991. С. 8.

других лиц»¹, «охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»².

В качестве доктринальной основы для решения задачи гармонизации частных и публичных интересов используются известные достижения правовой науки о критериях разграничения права на частное и публичное (как основанные на теории интереса, так и опирающиеся на материальный и формальный критерии)³, а также результаты современных научных исследований о последовательном проявлении элементов частноправового и публично-правового в регулировании гражданско-правовых отношений⁴.

В настоящее время поиск оптимальной модели баланса частных и публичных интересов⁵ особенно актуален для отношений, одной из сторон в которых является потребитель.

На потребительском рынке современных услуг связи лидируют услуги подвижной радиотелефонной связи («сотовой», «мобильной» связи).

Вместе с тем анализ судебной практики показывает, что операторы подвижной связи не уделяют должного внимания вопросам соблюдения и охраны прав потребителей оказываемых услуг; на протяжении долгого времени нерешенными остаются практические проблемы, с которыми наиболее часто сталкиваются потребители. Приведенные факты указывают на недостаточное правовое регулирование данного вида услуг. В свою очередь совершенствование гражданско-правового регулирования отношений по оказанию услуг подвижной радиотелефонной связи невозможно без комплексного анализа частноправовых и публично-правовых элементов регулирования данных отношений.

С учетом современных реалий представляется возможным заключить, что обеспечение *публичного интереса* в сфере оказания услуг подвижной радиотелефонной связи осуществляется по следующим основным направлениям: защита добросовестной конкуренции; лицензирование деятельности в области оказания услуг подвижной радиотелефонной связи; обеспечение единого экономического пространства; реализация права потребителей на надлежащее качество услуг;

Однако сложившаяся в настоящее время ситуация на рынке подвижной радиотелефонной связи в России показывает, что существуют несколько крупных операторов связи, осуществляющих свою деятельность практически на всей террито-

¹ *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. М., 1912. С. 619–620.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 2.

³ См.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб., 1914. С. 165–183; *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 9–11; *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 24.

⁴ См.: *Чельшев М.Ю.* Межотраслевое правовое регулирование как средство обеспечения публичных интересов в экономической сфере // Журнал российского права. 2005. № 12 (108). С. 136–140; *Вагина О.С.* Частноправовые и публично-правовые элементы в гражданско-правовом регулировании отношений долевого строительства: дис. ... к.ю.н. Пермь, 2012. С. 11–14; *Виниченко Ю.В.* Частные и публичные интересы в ограничении гражданских прав в пользу соседей // Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегодных науч. чтений памяти проф. С.Н. Братуся / отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2012. С. 181–191; *Галиновская Е.А.* Правовые проблемы инвестиционной деятельности в градостроительстве // Там же. С. 374–382.

⁵ Обобщая существующие точки зрения ученых, представляется возможным заключить, что частные интересы включают в себя личные и коллективные интересы, а публичные — общественные и государственные.

рии России, и ряд операторов связи, оказывающих свои услуги на территории одного или нескольких субъектов (региональные операторы)¹.

В ряде субъектов страны наблюдается наличие на рынке доминирующего оператора, под влиянием которого устанавливаются тарифы на услуги. Указанные факторы характеризуют российский рынок подвижной радиотелефонной связи на данном этапе развития как олигополию. В связи с этим приоритетным в государственном регулировании является развитие добросовестной конкуренции в данном сегменте рынка в интересах потребителей услуг.

Олигопольная структура рынка, на базе только нескольких крупных игроков, не позволяет обеспечить необходимые условия конкуренции и защитить интересы потребителей в удовлетворении высококачественными современными услугами подвижной радиотелефонной связи по доступным ценам.

Вопросы обеспечения надлежащего качества оказываемых услуг подвижной радиотелефонной связи в настоящее время также являются одними из наиболее актуальных проблем в данной сфере.

На законодательном уровне не установлен перечень показателей качества услуг подвижной радиотелефонной связи; отсутствуют методики оценки качества услуг подвижной радиотелефонной связи и методики фиксации нарушений требований к качеству услуг. Сертификация услуг связи и системы управления качеством услуг связи проводится на добровольной основе². Безусловно, положения о добровольной сертификации не освобождают операторов подвижной связи следить за тем, чтобы показатели функционирования сети связи соответствовали установленным техническим нормам, однако на практике оказываются недостаточно эффективными. В связи с чем в современных условиях влияние на выбор потребителя оказывают не фактические параметры качества услуг подвижной радиотелефонной связи, а «бренд» оператора связи.

Обеспечение *частного интереса* при осуществлении предпринимательской деятельности опирается прежде всего на конституционные нормы-принципы, представляющие возможность правовой защиты для каждого потребителя.

Несмотря на то, что одной из основных целей законодательства о связи является защита прав и законных интересов потребителей, указанные права не всегда могут быть обеспечены в должной мере защитой публичного интереса. Анализ судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей, позволяет сделать вывод, что потребители услуг подвижной радиотелефонной связи крайне редко обращаются в судебные органы за защитой нарушенных прав.

Относительно небольшое количество обращений граждан в судебные органы за защитой своих интересов потребителей услуг подвижной радиотелефонной связи, по нашему мнению, можно объяснить тем обстоятельством, что при осуществлении расчетов с операторами связи за оказанные услуги со счета потребителя списываются, как правило, разово и относительно небольшие суммы, а сбои в работе подвижной радиотелефонной связи имеют короткую продолжи-

¹ Основано на данных, представленных Аналитической компанией *J'son & Partners Consulting* (URL: http://www.json.ru/poleznye_materialy/free_market_watches/analytics/cellular_may_2010).

² См. приказ Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 15 декабря 2009 г. № 1196-ст «Об утверждении национального стандарта» (URL: <http://www.garant.ru>).

тельность, предъявление подобных исков для потребителей не всегда представляется целесообразным.

Таким образом, современные реалии в первую очередь диктуют необходимость разработки доктринальных рекомендаций по отбору и сочетанию различных гражданско-правовых средств для эффективного законодательного урегулирования соответствующих общественных отношений, которые могут достигаться следующим образом.

Во-первых, следует исключить поводы к злоупотреблению договорной свободой и конкретными субъективными правами со стороны операторов подвижной связи. Эффективным средством охраны прав потребителей договор может выступать только тогда, когда все содержащиеся в нем нормы детально проработаны с точки зрения действующего законодательства о защите прав потребителей, а такое в свою очередь возможно при усилении контроля за соблюдением формы и содержания договоров, используемых операторами связи.

Во-вторых, представляется необходимым формирование специальных подходов в усилении правового регулирования отношений, возникающих из заключения такого гражданско-правового договора, направленных на охрану прав и законных интересов потребителей в получении качественных услуг, гарантии независимости их выбора.

А.В. Кузьмина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Марийский государственный университет

Толкование новой категории договоров: от цивилистической мысли начала XX в. к современным проблемам

В условиях реформирования российского гражданского законодательства одной из важных составляющих построения всей концепции договорного права стало закрепление в ст. 1 ГК РФ принципа добросовестности. Правила о доброй совести являются естественным противовесом правилам, утверждающим свободу договора и автономию воли сторон, и призваны в конечном счете обеспечить равенство и баланс интересов участников имущественного оборота. В этой связи Г.Ф. Шершеневич справедливо отмечал, что «безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно как необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики, в последнее время подвергается стеснениям под возрастающим давлением общественных интересов». Особая роль в этом механизме правового регулирования по замыслу законодателя отводится *de lege lata* нормам о договоре присоединения (ст. 428 ГК РФ) и *de lege ferenda* о договорах с неравенством переговорных возможностей (п. 3 ст. 428 Проекта ГК РФ). Очевидно, что оба договора по своей сути являются договорами, заключаемыми посредством простого изъяснения согласия (*par adhesion*), когда для акцептанта исключается всякая возможность вно-

ситель изменения в диктуемые оферентом условия. Совершенно верно В.В. Витрянский вслед за французским цивилистом Ж. Долла отмечает, что под это определение подходят сделки, не имеющие между собой ничего общего, кроме способа заключения. При этом конструкции договора присоединения и договора с неравенством переговорных возможностей применимы к любым типам (видам) договорных обязательств, что позволяет говорить о новой цивилистической категории.

Отечественная наука гражданского права до сих пор не выработала единой, последовательной концепции защиты слабой стороны в таких обязательственных отношениях, несмотря на то, что еще в начале XX в. проблемы неравенства переговорных возможностей при заключении договоров, правовой природы и толкования договоров присоединения становились предметом цивилистических исследований как зарубежных (Салейль, Долла, Дэро, Фортье, Пишон и др.), так и отечественных правоведов (Шершеневич, Таль, Покровский и др.). В научных исследованиях того периода отмечалось, что свобода воли для стороны, вынужденной в силу определенных причин принять все предлагаемые условия договора, в известной мере ограничена. В некоторых случаях ее выражение носит исключительно формальный характер, поскольку присоединяющаяся сторона порой не имеет возможности вообще отказаться от заключения договора. Содержание договора, заключенного таким способом, нельзя считать результатом ни свободного волеизъявления сторон, основанного на равноправии и автономии воли, ни общих норм объективного права.

Очевидно, что общие правила толкования договоров, в основе которых лежит теория автономии воли сторон, должны быть подвергнуты пересмотру. В современных условиях законодательного расширения дискреционных полномочий суда и увлечения идеей судебного правотворчества вопрос о правилах интерпретации договоров присоединения вновь приобретает особую не только теоретическую, но главным образом практическую значимость.

ГК РФ не содержит специальных положений о толковании договоров присоединения, применению подлежат нормы ст. 431 ГК РФ, сформулированные законодателем сообразно тому, что содержание договора устанавливается исключительно соглашением сторон и при необходимости восполняющими его нормами закона. Следовательно, приоритет должен отдаваться буквальному толкованию условий договора.

В литературе справедливо отмечается, что применительно к договорам присоединения требуются специальные правила интерпретации, согласно которым все неясности и сомнения, имеющиеся в содержании договора, должны толковаться против стороны, предложившей формуляр или иную стандартную форму при заключении договора (*contra proferentem* или *in dubio contra stipulatorem*).

Наиболее сложным представляется вопрос о том, должен ли суд при толковании договоров присоединения, условия которых являются стандартными, отыскивать «истинную», фактическую волю слабой стороны. Унифицированный характер содержания формуляров и особый порядок заключения договоров присоединения предопределяют необходимость отказа от присущего гражданскому праву индивидуализма и требуют «привносить новые ориентиры, направленные не в сторону конкретного индивида, а в обратном направлении — создания идеального субъекта, отвечающего современному пониманию разумного обычного человека». Так, в некоторых правовых порядках (Германия, Австрия) толкование стандартных условий договора осущест-

вляется судом по правилам толкования закона — на основе объективных критериев, без учета воли, намерений и целей сторон (принцип объективного толкования).

Однако подобный подход ведет к признанию нормативной природы договора присоединения. Его характерные черты — стандартность условий и принятие их в целом ввиду неравенства переговорных возможностей с преобладанием одностороннего волеизъявления оферента позволяют говорить о большей схожести закона и договора присоединения как *lex private*, нежели закона и договора, заключенным в ходе свободного согласования его условий. Объективно существующие различия норм права и договоров присоединения, а также то обстоятельство, что нормы о договоре присоединения включены в гл. 27 ГК РФ «Понятие и условия договора», исключают возможность обсуждения их «антидоговорной» природы. «Договор, будучи орудием добровольно-эквивалентного обмена по внешней видимости, практически всегда является средством подчинения слабого участника экономических отношений сильнейшей стороне и в таком своем качестве строится как волевой диктат, исходящий от одного и обращенный к другому контрагенту... договоры присоединения лишь усилили это качество, но не создали его. И какие бы преобразования в акте «свободной воли» такие договоры не вызывали, они остаются все же договорами, раз в договорном характере не может быть отказано их историческому прототипу», — справедливо указывал О.С. Иоффе.

Следовательно, при толковании условий договора присоединения суд вправе исходить из конкретных обстоятельств спора и учитывать принцип добросовестности, поскольку сама конструкция договора присоединения, оценка его содержания на предмет явной обременительности для присоединяющейся стороны связаны с фактическим исполнением ею своих обязательств, вытекающих из таких договоров. Из буквального толкования п. 2 ст. 428 ГК РФ усматривается, что при квалификации условия как явно обременительного необходимо учитывать собственные разумно понимаемые интересы присоединяющейся стороны.

Отдельные неясные положения должны оцениваться в совокупности с условиями всего договора. При этом во внимание принимаются «все соответствующие обстоятельства», значительная часть которых в ст. 431 ГК РФ перечислена, а именно: предшествующие договору переговоры и переписка, практика, установившаяся во взаимных отношениях сторон, обычаи оборота, последующее поведение сторон. Индивидуально согласованные условия обладают преимуществом перед условиями формуляра при присоединении к договору, поскольку они в наибольшей степени отражают намерения сторон. Те же доводы относятся и к приоритету существенных условий договора над акцессорными, представляющими собой дополнение либо более точное определение порядка исполнения обязательств.

Вместе с тем ошибочным был бы полный отказ от принципа объективного толкования. Так, при проверке судом обременительности условий договора присоединения законодатель предлагает руководствоваться такими критериями, как «разумно понимаемые интересы» и «чрезмерность обременения». Такие интересы оцениваются с позиции разумного человека в конкретной ситуации.

При неясности или невозможности выявить действительные намерения сторон условия договора присоединения толкуются в соответствии с пониманием *reasonable person* (идеального субъекта), действующего в том же качестве и при аналогичных обстоятельствах. В некоторых случаях для установления явной обременительно-

сти подобных условий также допустимо применять и критерий соразмерности. Представляется, что правила толкования условий договоров с позиции разумности и справедливости могли бы быть восприняты российским правом с целью осуществления толкования договоров присоединения.

Таким образом, видится крайне необходимым расширение дискреционных полномочий суда в части применения положений ГК РФ о договорах присоединения при толковании таких договоров с целью защиты слабой стороны. В то же время понятие о добросовестности, справедливости и разумности, являясь во многом субъективным и по этой причине чрезвычайно эластичным, не должно превращаться в начало целесообразности, подменяющее собой основной принцип — принцип законности.

О.И. Лебедева,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ

Правовая природа несправедливых условий договора

В условиях современного рыночного оборота классическая теория договорного права, в соответствии с которой главной функцией договора является реализация согласованной воли сторон, претерпевает значительные изменения. Это вызвано возрастанием количества примеров заключения договоров с существенным дисбалансом прав и обязанностей сторон, в которых слабая сторона либо вовсе лишена возможности повлиять на содержание договора, либо вынуждена заключать договоры на заведомо невыгодных для себя условиях, последствия которых она не может предвидеть. Включение в договор условий, устанавливающих экономическое господство сильной стороны над слабой, вряд ли может быть оправдано реализацией принципа свободы договора. Поэтому задача современного договорного права видится прежде всего в осуществлении «договорной справедливости», заключающейся в защите слабой стороны договора, обязании контрагентов учитывать интересы друг друга и строить договорные отношения на основе сотрудничества и добросовестности¹. Правовой механизм осуществления договорной справедливости включает в себя признание судом недействительными несправедливых условий сделки.

Представляется сложным определение квалифицирующих признаков несправедливых условий договора. В связи с отсутствием такого института в российском гражданском праве объектом исследования стали законодательство и судебная практика европейских зарубежных стран (ФРГ, Франция, Италия, Великобритания), а также западных государств на примере США и Канады.

Региональным актом унификации правоотношений в сфере контроля за несправедливыми условиями договора на уровне Европейского Союза является Директива ЕС 93/13/ЕЕС от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях потребитель-

¹ См.: Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: пер. с нем. В 2 т. Т. 2. М., 2000. С. 329.

ских договоров». В соответствии с п. 1 ст. 3 Директивы условие договора, которое не обсуждалось индивидуально, должно рассматриваться в качестве несправедливого, если в нарушение требования добросовестности оно вызывает значительное несоответствие в правах и обязанностях сторон, вытекающих из договора, в ущерб потребителю¹. Аналогичные положения имплементированы в законодательства Франции², Италии³ и Великобритании⁴.

Гражданское законодательство ФРГ не содержит понятия «несправедливых условий договора». Между тем из комплексного анализа § 305–310 Германского гражданского уложения⁵ усматривается, что несправедливыми признаются стандартные условия, разработанные одной из сторон с целью неоднократного использования и предложенные другой стороне к подписанию, а также условия, хотя и не имеющие стандартный характер, но подготовленные одной из сторон заранее и включенные в потребительский договор, которые не были предметом индивидуального согласования, противоречат требованиям добросовестности и чрезмерно ущемляют интересы другой стороны, в том числе в результате их неясного изложения в договоре.

Правовой механизм защиты слабой стороны договора от несправедливых договорных условий в США реализуется посредством применения «доктрины недобросовестности» (*unconscionability*), закрепленной в § 2-302 Единообразного торгового кодекса США⁶. Между тем законодательное определение недобросовестных условий, а также их квалифицирующих признаков этот акт не содержит. В § 2-302 Кодекса лишь содержится указание на право суда в случае выявления недобросовестных условий договора отказать в принудительном исполнении договора в целом или отдельных его условий.

Законодательный пробел в регулировании несправедливых условий договора в США восполнен теорией американского договорного права и судебной практикой, выделившими два основных критерия, которые должны быть установлены судом при оценке справедливости договорных условий⁷. Данная классификация элементов доктрины недобросовестности получила широкое признание в науке договорного права и судебной практике государств⁸. Поэтому представляется целесообразным использовать ее для определения квалифицирующих признаков несправедливых договорных условий.

Первый критерий («процедурный») предполагает проверку судом дефекта переговорного процесса и оценку различных факторов, которые могли повлиять на «действительность» согласия стороны заключить договор на предложенных

¹ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumers contracts // Official Journal of the European Union L 095. 1993. С. 29–34.

² Code de la consommation (англ. пер. см.: *Nebbia P.* Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law. Portland, 2007. P. 206–208).

³ Ibid. P. 218–222.

⁴ Unfair Terms in Consumer Contract Regulations (URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/2083/contents/made>).

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (англ. пер. см.: *Nebbia P.* Op. cit. P. 209–216).

⁶ Uniform Commercial Code (URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc/2>).

⁷ *Leff A.* Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause // University of Pennsylvania Law Review. 1967. P. 487.

⁸ *Nebbia P.* Op. cit. P. 135–152.

контрагентом условиях. Так, несправедливыми в «процедурном» аспекте признаются условия, которые включены в договор вследствие *неравных переговорных возможностей сторон*, при которых одна сторона обладала исключительным правом определять содержание контракта, а другая сторона была лишена такой возможности в силу своего статуса, непрофессионализма, нехватки экономических ресурсов или времени на ведение длительных переговоров, зависимого положения, наличия монополии, стечения тяжелых обстоятельств и т.д.¹ Кроме того, к указанной группе можно также отнести условия, которые *не были предметом индивидуального согласования сторон*, а также договоры, заключенные в условиях «информационной асимметрии» участников сделки.

В рамках второго этапа, именуемого «содержательным контролем», объектом судебной оценки являются непосредственно договорные условия, их способность в равной степени учитывать интересы обеих сторон договора («тест на справедливость»). Проявлением «содержательной» несправедливости договора является *существенный дисбаланс прав и обязанностей сторон* к невыгоде для той, которая приняла условия, разработанные и предложенные другой. При оценке взаимной сбалансированности интересов сторон сделки предлагается использовать четыре основных критерия².

Критерий *равноценности* зачастую применяется для оценки справедливости договорных условий, возлагающих ответственность на должника, просрочившего исполнение обязательства. Высокий размер неустойки, предусмотренный договором в случае нарушения должником обязательства, сам по себе не является показателем недобросовестности кредитора. Суду необходимо установить, соответствует ли размер санкции, подлежащей применению к должнику, реальным расходам, которые понесет кредитор в случае нарушения условий договора контрагентом³.

Критерий *взаимозамещаемости* означает, что условие договора, возлагающее обязательство только на одну из его сторон, не может считаться несправедливым при наличии в договоре иного условия, предполагающего исполнение обязательства другой его стороной. Указанный критерий подлежит применению в том случае, когда суд не может дать оценку равноценности обязательств каждой из сторон сделки либо ввиду отсутствия доказательств соответствия размера примененной санкции реальным расходам кредитора, либо в связи с тем, что спорное обязательство не является денежным.

Условия договора соответствуют критерию *взаимности*, когда они предоставляют одинаковые права обеим сторонам договора либо в равной степени распространяют свое действие как на одного, так и на другого участника сделки (например, право одностороннего отказа от договора).

Критерий *пропорциональности* предполагает, что условие договора должно иметь определенную цель, и средства ее достижения должны быть пропорциональны этой цели.

¹ Каранетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М., 2012. С. 227.

² Fin-Langer L. L'équilibre contractuel. Paris, 2002. С. 216–237.

³ Grammond S. The Regulation of Abusive or Unconscionable Clauses from a Comparative Law Perspective // The Canadian Business Law Journal. 2010. N 3. С. 262–263.

Спорным в научной литературе остается вопрос о том, к какому критерию договорной справедливости следует относить нарушение участниками сделки принципа *добросовестности*. Так, сторонники «содержательного» подхода полагают, что недобросовестность представляет собой получение одной стороной договора необоснованных преимуществ в ущерб интересам другой стороны. Недобросовестность является самостоятельным элементом «теста на справедливость» и подлежит установлению судом наряду с существенным дисбалансом прав и обязанностей сторон. Между тем указанная позиция представляется нелогичной. Так, если недобросовестность характеризуется нарушением интересов одной стороны договора за счет благоприятствования интересам другой стороны, то каким образом она отличается от второго требования «содержательной» несправедливости, которое также предполагает установление судом дисбаланса интересов сторон договора?

На наш взгляд, наиболее убедительным выглядит другой подход, в соответствии с которым недобросовестность характеризует лишь «процессуальные дефекты», возникающие на стадии заключения договора, в том числе вследствие использования неравных переговорных возможностей сторон и т.д., и не может быть применена для непосредственной оценки справедливости договорных условий¹.

О.А. Минеев,

к.ю.н., доцент

кафедры гражданского и международного частного права,
ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете

Проблемы надлежащего исполнения обязательств в современном гражданском обороте

Твердость правового порядка требует,
чтобы гражданин зависел от законов,
а не от лиц, их применяющих.

Г.Ф. Шершеневич

Целью нашего доклада является выявление существующих проблем надлежащего исполнения обязательств в современном гражданском обороте и определения путей решения выявленных проблем.

Идеи Г.Ф. Шершеневича, высказанные им более 100 лет назад, актуальны в настоящее время и могут быть использованы не только для обучения будущих поколений цивилистов, но и для анализа и решения текущих проблем во многих областях законодательной и правоприменительной практики разных стран, в том числе и для решения проблем института исполнения обязательств. Некоторые из существующих проблем следует обозначить особо.

¹ Фогельсон Ю. Несправедливые (недобросовестные) условия договоров // Хозяйство и право. 2010. № 10. С. 43–48.

Во-первых, это проблемы, связанные с обеспечением исполнения обязательств. Отнесение нашим законодательством и доктриной к способам обеспечения исполнения обязательств неустойки представляется весьма спорным, ибо обязанность должника уплатить неустойку едва ли вообще может представлять реальную гарантию для кредитора. В литературе часто указывается, что она оказывает стимулирующее воздействие на должника, но на практике мы видим огромное количество судебных споров о взыскании неустойки, что, видимо, и свидетельствует о том, что она своего стимулирующего воздействия не оказала: обязательства не исполнены. Если уж быть последовательным, то надо отнести к способам обеспечения и проценты, установленные ст. 395 ГК РФ: они тоже должны стимулировать должника. По этой причине мы полагаем оправданным уклониться в рамках доклада от рассмотрения проблем, связанных с применением норм ГК РФ о неустойке.

В теории на протяжении всей истории развития гражданского права предпринимались осторожные попытки уяснить содержание и пределы невозможности исполнения обязательств. В законотворчестве же ситуация менялась неоправданно медленно. Законодатель осторожно и скрупулезно решал отдельные аспекты данного института. Благодаря диспозитивности сегодня проблема могла бы решаться более эффективно и целенаправленно. Сущность заключается в том, что стороны при заключении договора вправе оговаривать условия, при которых они могут прибегнуть к возможности изменения или прекращения договорных обязательств. И чем точнее и конкретнее они определяют в договоре процедурные вопросы, тем легче и безболезненнее произойдут такие изменения или прекращение обязательств. На практике, к сожалению, этот путь решения не всегда реализуется. Причины состоят прежде всего в отсутствии конкретных и четко обозначенных процедур в законодательстве.

В настоящее время мы наблюдаем тенденцию проникновения публичных начал в частное право и об этом можно говорить в свете проблемы реального исполнения обязательств, связанных с безопасностью Российской Федерации, особенно с планом оборонных мероприятий государства. Если деятельность направлена на извлечение прибыли, то исполнение обязательств в натуре или денежное возмещение убытков, связанных с неисполнением обязательства, одинаково приемлемы для кредитора. Конечный эффект для получения прибыли один. Однако ситуация меняется, если деятельность ведется не для извлечения прибыли, а, скажем, для обеспечения общественной безопасности. В этом случае во главу угла должен быть поставлен принцип реального исполнения обязательства без возможности замены реального исполнения денежным возмещением.

Кроме того, следует обратить на исполнение обязательств в некоторых специфических видах правовой деятельности. Так, гражданско-правовые соглашения об оказании правовой помощи известны с давних времен. Однако целый ряд вопросов, в том числе связанных с установлением, исполнением и прекращением обязательств по предоставлению юридической помощи, до сих пор составляет предмет научных дискуссий.

С нашей точки зрения, наибольший интерес вызывают проблемы, касающиеся субъектного состава участников данных отношений; особенностей договорных конструкций, опосредующих правовую помощь; использования результатов интел-

лектуальной деятельности в процессе исполнения обязательств. Непростой вопрос о зависимости размера вознаграждения исполнителя от успешной реализации поручений заказчика, так называемый «гонорар успеха».

В настоящее время назрела насущная необходимость разработки общей теоретической модели договорно-правовых форм оказания услуг отдельными категориями посредников, таких как арбитражные управляющие, адвокаты, патентные поверенные, и это остро ощущается в правоприменительной практике.

Следует отметить, что исполнение обязательств, как и сами обязательства, является объективно необходимым, важнейшим институтом права, составной частью гражданско-правового оборота.

Всякое обязательство по самому своему существу стремится прийти к исполнению. «Напряженное состояние, созданное обязательством, стремится к прекращению. Нормальным является прекращение путем удовлетворения, т.е. путем осуществления требуемого обязательством состояния».

Стороны вступают в обязательство, чтобы получить или произвести исполнение (исключение составляет исполнение обязательства, возникающего из деликта, и исполнение кондикционного обязательства). Очевидно, поэтому в литературе иногда отмечают, что механизмом исполнения обязательства является взаимная заинтересованность сторон. Между тем это не совсем точно, поскольку заинтересованность сторон скорее является мотивом вступления в договорное обязательство, но не его механизм.

Определение имущественных последствий одностороннего отказа от исполнения обязательства имеет важное значение, поскольку большинство споров, связанных с таким отказом, возникает именно по поводу урегулирования его последствий. Речь идет как о последствиях, которые являются результатом воздействия одностороннего отказа на структуру правоотношения, — изменении или расторжении договора, так и о его имущественных последствиях. Такие последствия могут быть урегулированы нормами трех уровней: общими правилами, определяющими последствия расторжения договора, которые закреплены в ст. 453 ГК РФ; правилами, устанавливающими последствия прекращения (расторжения) определенного вида договора, и правилами, предусматривающими последствия для конкретного случая одностороннего отказа.

В литературе ранее уже высказывалась точка зрения, в соответствии с которой для возникновения убытков не имеет значения основание их возникновения, поскольку нельзя смешивать объективно существующий факт — наличие убытков с юридической оценкой причин его возникновения — с противоправностью их причинения. «Между тем, убыток остается убытком и в тех случаях, когда он возник в результате воздействия сил природы, причинен правомерным действием человека или вызван деятельностью самого потерпевшего».

Следует также разграничивать две ситуации: ситуацию, когда в соответствии с требованиями закона совершение отказа управомоченным лицом императивно обусловлено выполнением им обязанности по возмещению убытков (полностью или в части), вне зависимости от воли адресата отказа, и ситуацию, когда такая обязанность возникает у него только при заявлении последним соответствующего требования.

Представляется верным, что должник не может в одностороннем порядке отказать от исполнения обязательства после того, как кредитор надлежащим образом исполнил свое обязательство.

Нами были упомянуты только некоторые из существующих проблем надлежащего исполнения обязательств и есть уверенность в том, что они еще не раз будут обсуждены в рамках будущих научных дискуссий.

Л.Р. Миненкова,

ст. преподаватель кафедры налогов и права,

Институт экономики и финансов,

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Предварительный договор в гражданском законодательстве: история и современное регулирование

В современных хозяйственных отношениях заключение предварительных договоров (в некоторых случаях в практике употребляют также понятие «соглашение о намерениях») часто становится необходимостью, поскольку предварительный договор становится для сторон гарантией заключения основного договора в будущем.

Понятие предварительного договора было известно еще дореволюционному российскому праву, где такой договор имел название запродажи. Договором запродажи назывался договор, в силу которого стороны обязывались заключить в известный срок договор купли-продажи. В исследованиях Г.Ф. Шершеневича «запродажа представляет собой предварительный договор о заключении другого договора. Потребность в нем вызывается существованием препятствий к заключению того договора, который предполагается в будущем, вследствие отсутствия каких-либо условий, необходимых для его заключения. С изменением впоследствии обстоятельств откроется возможность заключить главный договор. Исторически договор запродажи вызван невозможностью совершить куплю-продажу на недвижимости, находящейся под запрещением. Причиной заключения запродажи может быть также отсутствие в данный момент права собственности, которое необходимо для купли-продажи, или ожидаемое появление вещи в будущем».

Таким образом, дореволюционный закон определял запродажу как договор, в силу которого одна сторона обязывается продать другой вещь, т.е. заключить в будущем договор купли-продажи. В отличие от современного законодательства не предусматривалось заключение другого вида договора, кроме купли-продажи, а также не предусматривалась возможность понуждения уклоняющейся стороны к заключению договора. Таким образом, последствия в случае уклонения стороны от заключения договора отличались от современных, предусмотренных п. 4 ст. 445 ГК РФ: уклонение от заключения договора купли-продажи, если такая обязанность вытекала из договора запродажи, могло повлечь за собой ответственность, установленную договором, например, возмещение ущерба, уплата процентов.

ГК РСФСР 1922 г. предусматривал возможность заключения двух видов предварительного договора: запродажу (ст. 182-а) как возможность в будущем заключить договор купли-продажи и предварительный договор займа (ст. 218). Особенностью запродажи являлось то, что так называемая «запродажная запись» совершалась с обязательным нотариальным удостоверением и действовала только 6 месяцев. При этом возможность понудить уклоняющуюся сторону к заключению основного договора ГК РСФСР 1922 г. не предусматривал, однако допускал возможность предъявление иска стороны по договору запродажи, последствия предъявления такого иска были отнесены полностью на усмотрение суда: суд мог признать договор расторгнутым и возложить на виновную сторону обязанность возместить убытки, а мог и признать договор купли-продажи заключенным с соответствующими юридическими последствиями.

ГК РСФСР 1964 г. не содержал норм о предварительном договоре, однако, поскольку заключение таких договоров запрещено не было, то предварительный договор мог быть заключен. Отсутствие норм, устанавливающих порядок заключения и последствия неисполнения предварительного договора, препятствовали развитию таких договоров в хозяйственной деятельности.

Впервые норма, содержащая определение понятия «предварительный договор» и такое последствие уклонения стороны от заключения основного договора, как возможность обратиться в суд с иском о понуждении к заключению договора, появились в ст. 60 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1992 г.

В действующем ГК РФ положения о предварительном договоре выделены в отдельной ст. 429, где определены требования к форме и содержанию, порядок его заключения, последствия неисполнения.

Предварительный договор в соответствии с действующим законодательством представляет собой соглашение сторон о том, что стороны обязуются в будущем заключить основной договор о передаче имущества, выполнении работ, оказании услуг на условиях, предусмотренных предварительным договором (п. 1 ст. 429 ГК РФ).

В отличие от ранее действовавших (дореволюционных российских и советских) нормы действующего законодательства о предварительном договоре содержат следующие важнейшие, на наш взгляд, положения:

- форма предварительного договора должна быть та, которая установлена для основного договора, а если такая форма не установлена, то в письменной форме;
- условия предварительного договора должны позволять установить предмет, а также другие существенные условия основного договора;
- предусмотрена возможность указать срок заключения основного договора; если такой срок сторонами не указан, то основной договор должен быть заключен в течение одного года с момента заключения предварительного договора;
- установлено право стороны обратиться в суд с иском о понуждении другой стороны, уклоняющейся от заключения основного договора в соответствии с положениями п. 4 ст. 445 ГК РФ.

Таким образом, предварительный договор в соответствии с положениями современного законодательства — это удобная, гибкая форма договорных взаимоотношений между сторонами.

С.Н. Мызров,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Взгляды Г.Ф. Шершеневича на вопросы регулирования арендных отношений

Большой вклад в исследование проблем гражданского права, в том числе вопросов аренды в начале XX в. внес профессор Г.Ф. Шершеневич.

На тот момент нормативно закрепленное понятие договора найма имущества было сформулировано в решении 1868 г. № 248 Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената: «наем имущества есть договор возмездный, в силу которого одна сторона предоставляет другой пользование своим имуществом на известный срок за условленное вознаграждение».

В дореволюционной теории и практике был сформирован схожий с древнеримским подход к аренде. К примеру, А.М. Гуляев определял наем как «обоюдосторонний договор, в силу которого одна сторона обязуется предоставить другой стороне возможность пользоваться объектом, другая — денежное вознаграждение за пользование», и делил его по свойствам объекта на наем имущества, личный наем и подряд (заказ).

В качестве общепринятых терминов для обозначения аренды (имущественного найма) использовались также «снятие», «кормомное содержание», «оборочное пользование».

Существенными условиями данного договора признавались условия о предмете, сроке и цене договора (ч. 1 т. X Свода законов, Законы гражданские, ст. 1691).

Предметом договора могли быть недвижимое и непотребляемое движимое имущество, а также права. В соответствии со ст. 1710 Законов гражданских в эти права входили: а) права рыбной ловли; б) права сборов с городских весов.

Стороны договора именовались хозяин и наемщик (наниматель, арендатор), причем признавалось, что в качестве хозяина мог выступать как собственник, так и пожизненный владелец.

Максимальные сроки аренды были установлены только для недвижимого имущества. Общим предельным сроком сдачи в аренду для недвижимости в соответствии с Законом от 15 марта 1911 г. было 36 лет (до этого — 12 лет). Однако существовали исключения: для церковной недвижимости, наем которой ограничивался 12 годами, для казенных земель в ряде случаев допускалось заключать договоры на срок до 99 лет и др. В то же время признавалось, что «сроки сдачи в наем движимых имуществ всецело зависят от договаривающихся сторон».

Оплата по договору найма в большинстве случаев производилась в денежном выражении, но допускалось внесение платы определенной частью собранного урожая (наим «из полу»), оказанием различного рода личных услуг.

При неуплате наемного вознаграждения хозяин не имел права досрочно расторгнуть договор, если это прямо не предусмотрено договором, но мог в судебном порядке истребовать арендную плату.

Особую форму вознаграждения составлял найм «из выстройки», при котором наниматель в течение установленного числа лет пользовался выстроенным здани-

ем, а по прошествии срока все выстроенное поступило бы в собственность хозяина (ч. 1 т. X Свода Законов, Законы гражданские, ст. 1697). С принятием Закона от 23 июня 1912 г. договор найма из выстройки превратился в срочное, продолжающееся не менее 36 и не более 99 лет, вещное право застройщика, возникающее при совершении крепостного акта.

Форма договора напрямую зависела от объекта аренды: для движимого имущества устанавливалась устная (словесная) форма, за исключением морских и речных судов (для них — письменная). Для недвижимости в основном существовала письменная форма (исключение составляли сделки по найму городских строений, а также земельных участков вне города, которые могли оформляться устно). Усложненная письменная форма (близкая к современной нотариальной) применялась для договоров аренды, предусматривающих получение арендной платы более чем за один год вперед.

В обязанности арендодателя входили: 1) предоставление нанятой вещи (если она не предоставлялась, то ее можно было истребовать по решению суда); 2) поддержание вещи в надлежащем состоянии.

Обязанности арендатора составляли: 1) пользование вещью в соответствии с ее экономическим назначением; 2) предупреждение повреждений вещи в целях возврата имущества в надлежащем состоянии; 3) внесение арендной платы.

За собственником сохранялось право свободного распоряжения сданной вещью, при этом при переходе права собственности договор аренды, как правило, оставался обязательным для нового владельца. В то же время за арендатором признавалось право передачи имущества в поднайм.

В качестве интересной особенности регулирования арендных отношений можно назвать то, что при порче нанятой движимой вещи по вине нанимателя вещь оставалась у последнего в собственности, а хозяину уплачивалась стоимость имущества.

Можно отметить, что многие дореволюционные положения и подходы относительно имущественного найма, сформулированные Г.Ф. Шершеневичем, являются актуальными по сей день.

О.Н. Низамиева,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Сущность договора: взгляды Г.Ф. Шершеневича и современные концепции

Сфера научных интересов Г.Ф. Шершеневича была чрезвычайно широка и охватывала различные явления правовой действительности. Не осталась без внимания крупнейшего ученого конца XIX — начала XX в. и договорная проблематика.

Прежде всего представляют интерес воззрения Г.Ф. Шершеневича относительно сущности договора — фундаментальной категории науки гражданского права. Если учитывать, что содержанием юридического отношения (правоотношения) выступа-

ют субъективные права и обязанности, то следует признать, то дефиниция договора «соглашение воли двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридического отношения»¹, сформулированная Г.Ф. Шершеневичем более века назад, почти без изменений воспроизведена в ст. 420 современного ГК РФ: «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей».

Определение договора через категорию «соглашение» и упор на его сущностно-волевую характеристику — наиболее распространенный и, как представляется, в целом верный подход в отечественной правовой доктрине дореволюционного, советского и современного периодов². И несмотря на то, что в юридической науке разработаны и иные концепции, объясняющие правовую сущность договора, как то: 1) договор — намерения участников³; 2) договор — правовой акт⁴; 3) договор — акт согласия⁵; 4) договор — обещание⁶ и некоторые другие, волевая теория сохраняет ведущие позиции.

Находят отклик в современной цивилистике и наблюдения Г.Ф. Шершеневича относительно того, что «в громадном большинстве случаев договор направлен к установлению обязательственного отношения, так что договор и обязательство чаще всего находятся в связи как причина и следствие. Однако область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как в свою очередь и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор лежит в основании брака, которым создаются права личной власти, в основании передачи вещи, которою создается вещное право (вещный договор), — такой договор обязательственного отношения не создает»⁷.

Так, И.В. Бекленищева отмечает современную законодательную тенденцию расширения круга отношений, которые возникают на основании договора, и обосновывает положение о том, что на основе гражданско-правовых договоров могут возникать и изменяться не только относительные отношения (причем не сводящиеся к обязательственным), но и отношения абсолютные⁸. В связи с отмеченным обстоятельством автор предлагает дифференцировать все гражданско-правовые до-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 1915. С. 72–73.

² См.: Гражданское право: учебник. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2009. С. 838; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26; Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции: межвуз. сб. науч. трудов. Свердловск, 1980. С. 7; Мейер Д.И. Русское гражданское право. СПб., 1910. С. 373; Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 95; Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983. С. 121; Пободоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 3; Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С. 3–6 и др.

³ См.: Корецкий А.Д. Договорное право России: основы теории и практика реализации: учеб. пособие. М.; Ростов н/Д, 2004. С. 24; Он же. Теория договорного регулирования гражданско-правовых отношений: автореф. дис. ... д.ю.н. Ростов н/Д, 2007. С. 11.

⁴ См.: Иванов В.В. Общая теория договора. М., 2006. С. 16, 17, 22, 23 и посл.; Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования: автореф. дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2008. С. 6.

⁵ См.: Калабеков Ш.В. Договор как универсальная правовая конструкция: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2004. С. 5.

⁶ См.: Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 147–150, 162–163.

⁷ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 73.

⁸ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 67, 72.

говоры на обязательственные (порождающие возникновение обязательственных отношений) и распорядительные¹. Последние представляют собой договоры, направленные на переход от одного лица к другому имущественных прав (вещных, обязательственных или исключительных). К числу распорядительных И.В. Бекленищевой отнесены договоры, опосредующие переход права собственности и установления иных вещных прав (традиция), договоры, опосредующие переход права требования (цессия), договоры, опосредующие переход исключительных прав².

Однако полагаем, что могут существовать договоры, которые не укладываются в рамки ни обязательственных, ни распорядительных договоров. Речь идет о таких договорах, как договор о разделе общего имущества, договор об определении порядка пользования общим имуществом, договор об определении долей в праве на общее имущество и др. При совершении обозначенных договоров обязательственных отношений не возникает, не наблюдается и перехода имущественных прав от одного лица к другому, но налицо правовые последствия в виде трансформации правового режима имущества.

Сохраняют свою актуальность, находят свое отражение и развитие в современной науке и выделенные Г.Ф. Шершеневичем конституирующие признаки договора. Так, не может вызывать возражений постулат о том, что «в договоре выражается воля нескольких лиц, по крайней мере двух, которые... намереваются вызвать определенное юридическое последствие. Следовательно, договор с самим собою невозможен»³. Эта характеристика проводит четкую грань между договором и односторонним волевым актом.

Выглядит аксиоматичным и положение о том, что «согласная воля нескольких лиц способна привести к договору, если она есть взаимно познанная воля. Воля каждого должна достичь другого и быть им усвоена. До этого времени воля каждого лица представляет собою субъективное состояние, а потому лишена юридического значения, так как право имеет дело только с объективным миром»⁴.

Также, по мнению Г.Ф. Шершеневича, «в договоре выражается согласная воля нескольких лиц, устанавливаемая в известный момент времени. Согласие это должно заключаться в соответствии, а не в однородности содержания их воли. Если одно лицо желает купить, а другое продать ту же самую вещь, то такое соответствие намерений дает основание для возникновения договора. Если же оба лица желают купить ту же самую вещь, то такое согласие не составляет условий для установления договора. С этой точки зрения нет договора, хотя и есть согласная воля в единогласном решении собственников дома произвести ремонт или сдать его в аренду, в постановлении по большинству голосов общего собрания акционеров произвести дополнительный выпуск акций»⁵.

С изложенной позицией следует согласиться лишь отчасти. Действительно, в подавляющем большинстве договорных конструкций имеет место соответствие («встречность») содержания воли одной стороны содержанию воли другой стороны. «И именно потому, что интересы и воля одной стороны благодаря встречности

¹ См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 92.

² См. там же. С. 118.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 73.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

соответствуют интересам и воле другой они приходят к соглашению, в результате чего возникает общий волевой акт, заключается договор»¹. Однако следует заметить, что существует достаточно обширная группа договоров, характеризующихся тождественностью, совпадением интересов сторон и однородностью содержания их воли. Типичным примером здесь может служить договор простого товарищества. «В отличие от других договоров, в которых интересы контрагентов противоположны и взаимонаправлены... интересы сторон договора простого товарищества всегда совпадают и удовлетворяются посредством совместных действий на основе объединенной имущественной базы. Единство интересов обусловлено общностью цели, достижение которой одинаково важно для всех товарищей. Иначе говоря, удовлетворение интересов любого участника договора происходит не за счет, а наряду с удовлетворением интересов всех остальных участников»². Таким образом, однородность содержания воли сторон при заключении договора могут обуславливаться единством цели и однонаправленностью их интересов. Это свойственно некоторым организационным договорам, договорам об изменении правового режима имущества, отдельным семейно-правовым договорам³ и некоторым другим.

Наконец, в качестве еще одной характерной черты договора Г.Ф. Шершеневич выделял его направленность на юридические последствия, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. «Поэтому не будет договором соглашение нескольких семейств о том, чтобы с целью взаимного развлечения устраивать поочередно вечера»⁴.

Традиционно под юридическими последствиями принято понимать установление, изменение или прекращение прав и обязанностей. И это, несомненно, так. Вместе с тем представляется, что юридически значимый результат договора может иметь и другие проявления. К примеру, соглашение об уплате алиментов представляет собой взаимосогласованное волеизъявление лица, обязанного уплачивать алименты, и их получателя относительно размера, условий и порядка выплаты алиментов. Алиментное соглашение – это договор, имеющий целью установление добровольного (внесудебного) порядка уплаты алиментов. Права и обязанности по предоставлению содержания одними членами семьи другим возникают в силу императивных норм СК РФ. Соглашение же об уплате алиментов является одним из способов формализации, конкретизации уже существующих алиментных обязательств⁵. В этой связи следует отметить, что в семейно-правовой сфере, как правило, договоры не являются самостоятельными юридическими фактами, порождающими семейное правоотношение⁶. Главным образом семейно-правовые договоры направлены на изменение или прекращение уже существующих отношений между членами семьи, а также формализацию, координацию и осуществление их прав и обязанностей⁷.

¹ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М., 1972. С. 85.

² Гражданское право: учебник. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 2. М., 2009. С. 817.

³ См.: Гражданское право: учебник. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 387; Низамиева О.Н. Договорное регулирование имущественных отношений в семье. Казань, 2005. С. 79.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 73.

⁵ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2010. С. 355.

⁶ См.: Чашкова С.Ю. Система договорных обязательств в российском семейном праве. С. 7, 16.

⁷ См.: Низамиева О.Н. К вопросу о перспективах развития договорного регулирования семейных отношений // Учен. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманитарные науки. 2011. Т. 153. Кн. 4. С. 101.

В заключение еще раз хочется подчеркнуть, что идеи Г.Ф. Шершеневича до сих пор остаются актуальными и служат фундаментом для современных цивилистических исследований.

Е.М. Подрабинок,

к.ю.н., декан факультета магистерской подготовки,
Уральский институт экономики, управления и права (г. Екатеринбург)

Сравнительный анализ порядка определения стоимости жилого помещения при участии граждан в долевом строительстве и кооперативах

На современном этапе правового регулирования общественных отношений, возникающих при привлечении денежных средств граждан для строительства жилья, закрытый перечень всех допустимых способов подобного привлечения содержится в ст. 1 Федерального закона «Об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон о долевом строительстве). К таким способам в том числе относятся: привлечение средств застройщиками с заключением договора участия в долевом строительстве¹, привлечение денежных средств граждан жилищно-строительными и накопительными кооперативами.

Широкое распространение таких форм, как участие граждан в долевом строительстве и кооперативах, обусловлено прежде всего низкой стоимостью жилого помещения в строящемся доме по сравнению со стоимостью вторичного жилья, уже введенного в эксплуатацию. Однако подобная «экономия» зачастую является рискованной, не обеспеченной мерами охраны.

Так, при заключении гражданами договора долевого строительства стоимость, т.е. цена жилого помещения, определяется как размер денежных средств, уплачиваемых участником для создания объекта долевого строительства, и является существенным условием данного договора (ст. 5 Закона о долевом строительстве). Представляется, что при подобном правовом регулировании законодатель, устанавливая условие о цене договора как существенном, исходит из презумпции неизменности цены договора по общему правилу. В соответствии с п. 2 ст. 5 Закона о долевом строительстве по соглашению сторон цена договора может быть изменена после его заключения, если договором предусмотрены возможности изменения цены, случаи и условия ее изменения. Как правило, застройщики предусматривают возможность изменения стоимости жилого помещения при несоответствии фактической площади жилья размерам, указанным в договоре долевого строительства².

¹ Историческими корнями долевого строительства можно считать распространенное в СССР в 60–80-е годы строительство управлениями капитального строительства жилья путем привлечения на долевых началах средств организаций (см.: Постановление Совета Министров СССР от 29 июня 1960 г. «Об упорядочении расходования средств на капитальное строительство, осуществляемое сверх государственного плана за счет нецентрализованных источников финансирования» // СП СССР. 1960. № 13. Ст. 100).

² См. Жигачев А.В. Цена договора участия в долевом строительстве: гражданско-правовые и налоговые аспекты // СПС «Консультант Плюс».

Думается, что при увеличении стоимости строительных материалов и накладных расходов застройщики не имеют оснований для увеличения стоимости жилого помещения. Однако в силу того, что данные договоры зачастую можно квалифицировать как договоры присоединения, граждане-дольщики имеют возможность требовать расторжения или изменения договора, если он лишает их прав, обычно предоставляемых по договорам данного вида, исключает или ограничивает ответственность застройщика либо содержит для гражданина-дольщика явно обременительные условия (ст. 428 ГК РФ). Следовательно, определение стоимости жилого помещения в качестве существенного условия можно рассматривать как устанавливаемую законодателем меру охраны прав граждан от необоснованного увеличения стоимости жилого помещения.

Совершенно иная ситуация складывается при участии граждан в жилищно-строительных и жилищных накопительных кооперативах. В отличие от Закона о долевом строительстве ЖК РФ не содержит понятий «цена», «стоимость» жилого помещения. Указанные термины заменяются понятиями «взносы», «паевые взносы». При этом размер паевого взноса (соотносимого со стоимостью жилого помещения) не определяется заранее, при возникновении отношений между гражданином и кооперативом, как неизменная величина. В соответствии со ст. 124 ЖК РФ гражданину, принятому в члены жилищного кооператива, на основании решения общего собрания предоставляется жилое помещение в соответствии с размером внесенного паевого взноса. При этом порядок и условия внесения паевого взноса определяются уставом кооператива (ст. 125 ЖК РФ). Думается, что законодатель исходит из презумпции того, что все затраты на строительство многоквартирного дома должны быть распределены между членами кооператива. Соответственно жилое помещение предоставляется в соответствии с долей каждого члена в общих затратах на строительство всего дома. Стоимость строительства может увеличиться по различным экономическим причинам. Следовательно, при увеличении общей стоимости многоквартирного дома увеличивается и паевой взнос каждого члена кооператива. Можно сделать вывод, что ЖК РФ не содержит норм охраны прав гражданина — члена жилищно-строительного кооператива, ограничивающих возможность неосновательного повышения стоимости всего строительства в целом, и паевого взноса конкретного члена кооператива.

Аналогичная ситуация складывается и при участии граждан в накопительных кооперативах¹. Федеральным законом «О жилищных накопительных кооперативах» (далее — Закон о накопительных кооперативах) закреплена обязанность членом кооператива компенсировать затраты кооператива на осуществление деятельности по привлечению и использованию денежных средств граждан на приобретение жилых помещений. Так, паевой взнос члена кооператива должен компенсировать затраты кооператива на осуществление деятельности по привлечению и использованию денежных средств граждан на приобретение жилых помещений, а также обеспечивать погашение затрат на приобретение или строительство кооперативом жилого помещения (ст. 24 Закона о накопительных кооперативах). Законом о накопительных кооперативах предусматривается понятие «примерная стоимость жилого помещения», которая определяется с учетом средней рыночной стоимости жилого помещения, аналогичного жилому помещению, указанному в заявлении гражданина о приеме

¹ Прообразом накопительных кооперативов можно считать сберегательные кассы в Германии (см.: Меркулов В.В. Мировой опыт ипотечного жилищного кредитования и перспективы его использования в России. СПб., 2003. С. 175).

в члены кооператива. Примерная стоимость уточняется на основании фактической стоимости приобретенного или построенного кооперативом жилого помещения (п. 2 ст. 24 Закона о накопительных кооперативах). При этом паевой взнос, который в данном случае отождествляется с фактической стоимостью жилого помещения, должен обеспечивать погашение также связанных с приобретением или строительством жилого помещения затрат кооператива на страхование жилого помещения; повышение потребительских качеств приобретенного или построенного жилого помещения до уровня, соответствующего требованиям, указанным в заявлении о приеме в члены кооператива; обслуживание и погашение привлеченных кредитов и займов на приобретение или строительство жилого помещения; содержание, ремонт, оплату коммунальных услуг (до передачи жилого помещения в пользование члену кооператива); уплату обязательных платежей (ст. 24 Закона о накопительных кооперативах).

Думается, что не все перечисленные затраты кооператива целесообразно перекладывать на члена кооператива. Например, расходы на содержание и оплату коммунальных услуг, возникшие до передачи жилого помещения в пользование члену кооператива, являются расходами на содержание имущества. Жилое помещение принадлежит на праве собственности кооперативу, по смыслу закона оно передается членам кооператива в пользование до полной оплаты паевого взноса. По ст. 210 ГК РФ бремя содержания принадлежащего ему имущества собственник несет, если иное не предусмотрено законом или договором. Однако подобное бремя содержания жилого помещения не может быть перенесено на члена накопительного кооператива на основании договора, поскольку между накопительным кооперативом и его членами не возникает договорных отношений. Исходя из изложенного можно сделать вывод о неосновательности перенесения расходов на содержание, ремонт жилого помещения и коммунальные услуги на члена жилищного накопительного кооператива. При этом невозможно на момент привлечения денежных средств гражданином даже «примерно» определить стоимость или цену будущего жилья. А вот фактическая стоимость жилого помещения может оказаться существенно выше примерной стоимости, что также не свидетельствует о надлежащей охране прав членов накопительного кооператива.

Кроме того, и жилищно-строительный и жилищный накопительный кооператив являются потребительскими кооперативами. Особенность отношений между гражданином и жилищно-строительным (жилищным накопительным) кооперативом заключается в том, что они по своей правовой природе являются отношениями членства. Указанная особенность предопределяет и необходимость для членов кооператива покрытия паевыми взносами любого увеличения цены жилого помещения в строящемся доме (п. 4 ст. 116 ГК РФ). Следовательно, в законодательстве, регулирующем привлечение денежных средств граждан для строительства жилья жилищно-строительными и накопительными кооперативами, не закреплены меры охраны членов кооперативов от неосновательного повышения стоимости жилых помещений в строящихся многоквартирных домах.

Таким образом, при сравнительном анализе правового регулирования общественных отношений, возникающих при участии граждан в долевом строительстве и жилищно-строительных (накопительных) кооперативах обнаруживается, что меры охраны прав граждан от неосновательного повышения стоимости жилого помещения закреплены только в Законе о долевом строительстве, а ЖК РФ и Закон о накопительных кооперативах подобных норм не содержат.

Ю.В. Рогова,

соискатель кафедры гражданского права,
Санкт-Петербургский университет МВД России;
судья Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области

Конструктивно-критический анализ учения Г.Ф. Шершеневича о договоре в контексте современных научных исследований

Не вызывает сомнений тот факт, что дефиницию договора, данную Г.Ф. Шершеневичем, пожалуй, можно назвать классической. Ученый определял договор как «соглашение двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридических отношений»¹. По мнению К.Н. Анненкова, Г.Ф. Шершеневич считается одним из основателей отечественного учения о юридических фактах вообще и договоре, в частности².

С течением времени учение о договоре не претерпело сколь-нибудь существенных изменений. Аналогичный взгляд на дефиницию договора разделяется большинством современных российских цивилистов. В этом можно убедиться, обратившись к дефиниции договора, содержащейся в энциклопедическом издании, сформулированной Б.И. Пугинским: «Договор — соглашение двух или большего числа лиц об осуществлении определенных действий и установлении регулирующих такие действия взаимных прав и обязанностей, исполнение которых обеспечивается возможностью государственного организационного принуждения»³. А.Ю. Кабалкин считает, что договор — это правовой инструмент, при помощи которого стороны выражают и согласовывают свою волю, при этом факт согласования воли должен быть надлежащим образом выражен для восприятия как самими контрагентами, так и другими лицами⁴. М.И. Брагинский, продолжая сравнение Ю.А. Тихомирова, который указывал, что закон является «отцом договора»⁵, отмечал, «что мать договора» есть соглашение⁶.

Таким образом, сопоставительный анализ дефиниций договора, в основе которых лежит развитое учение о юридических фактах Г.Ф. Шершеневича, позволяет заметить, в чем заключается принципиальное сходство процитированных определений: все они определяют институт договора через термин «соглашение», который таким образом приобретает ключевое значение для уяснения сущности и природы определяемого явления (договора).

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 2005. С. 304.

² См.: Анненков К.Н. Система русского гражданского права. Введение и общая часть. Т. 1. СПб., 1894. С. 396.

³ Пугинский Б.И. Договор // Российская юридическая энциклопедия / гл. ред. А.Я. Сухарев. М., 1999. С. 263.

⁴ См.: Кабалкин А.Ю. К вопросу о сущности гражданско-правового договора по российскому законодательству // Юридический мир. 2001. № 10. С. 7.

⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Договоры в экономике. М., 1993. С. 13.

⁶ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М., 2011. С. 15.

Подобный подход нельзя признать удачным ни с логической, ни с юридической точки зрения. Логический дефект состоит в том, что определяющее слово («соглашение») является в русском языке полным синонимом¹ определяемого понятия («договор»). Так, С.И. Ожегов, раскрывая значение слова договор, писал: «Договор... соглашение, обычно письменное, о взаимных обязательствах»². Раскрывая же термин «соглашение», он писал: «...взаимное согласие, договоренность. Договор, устанавливающий какие-нибудь условия, взаимоотношения, права и обязанности сторон»³. Таким образом, понятия «договор» и «соглашение» — тождественны. Они имеют один и тот же объем, т.е. определяют один и тот же предмет. Из этого следует нарушение второго основополагающего правила построения научной дефиниции: «В определении не должно быть круга. Это значит, что термин, встречающийся в определяющей части, не должен определяться через определяемый термин»⁴. Следствием подобного нарушения являются, во-первых, тавтологичность полученной дефиниции (первая посылка: договор — это соглашение о...; вторая посылка: соглашение — это договор, устанавливающий...; общий вывод: договор — это договор о ...), а во-вторых, невыполнение последней своего основного предназначения — вычленение сути формулируемого понятия, обозначение его специфических признаков и определение юридической природы. Следует согласиться с позицией профессоров В.М. Баранова и П.П. Баранова, считающих, что «если в определении определяющий термин несет новую информацию об определяемом объекте, то это реальное определение, если не несет, то это номинальное определение»⁵. В этой связи представляется обоснованной позиция А.Д. Корецкого считающего, что в тех случаях, когда определяющее слово никакой новой информации не несет, — процесс познания определяемого явления уходит по кругу, лежащему в стороне от его сути⁶.

Определение договора как «соглашения двух или нескольких лиц» также очевидно тавтологично. Этимология слова «соглашение» такова, что не допускает возможности его совершения одним лицом. Так, В.А. Белов по этому поводу высказывается следующим образом: «Сказав слово «соглашение», мы, тем самым, неизбежно сказали «двух или нескольких лиц». Сохраняя в определении подобную тавтологию, мы рискуем создать повод к вопросу о том, возможно ли существование соглашений «не двух или нескольких лиц» («соглашений самого с собой», «соглашений одного лица»)»⁷. Ученый считает возможным и целесообразным, если все-таки определять договор через соглашение, отвергнуть упоминание о «двух или нескольких лицах», в крайнем случае урезать до упоминания о «нескольких лицах», ибо два лица — это частный случай «нескольких»⁸. Мы разделяем указанную позицию ученого.

¹ Словарь синонимов русского языка. В 2 т. Т. 1. Л., 1970. С. 293—294.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1984. С. 146.

³ Там же. С. 645.

⁴ Войшвилло Е.И., Дегтярев М.Г. Логика: учеб. пособие. М., 2000. С. 62.

⁵ Баранов В.М., Баранов П.П. Общая теория права (опыт тематической библиографии). Ростов н/Д, 1997. С. 9.

⁶ См.: Корецкий А.Д. Договорное право России: основы теории и практики реализации. М.; Ростов н/Д, 2004. С. 19.

⁷ Белов В.А. Гражданское право. Т. II: Общая часть. Лица, блага, факты: учебник для бакалавров. М., 2012. С. 682.

⁸ См. там же.

С юридической точки зрения понятия «договор» и «соглашение» также тождественны и имеют одинаковое юридическое значение. Можно предположить, что термин «договор» является наиболее употребляемым для обозначения правового договора (соглашения), в силу чего его можно считать основным (обобщающим) термином для обозначения названного юридического явления. Подтверждением этому выводу служит тот факт, что в международном праве, где договоры именуются также соглашениями, конвенциями, пактами и протоколами, специально установлено, что термином «договор» / «международный договор» охватываются договоры независимо от их вида и наименования. Например, в ст. 2 Венской конвенции о праве международных договоров указано, что «договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования¹. В ст. 1 и 2 Федерального закона от 15 июля 1995 г. (с изм. от 1 декабря 2007 г.) «О международных договорах Российской Федерации» содержатся следующие положения: «Настоящий Федеральный закон применяется в отношении международных договоров Российской Федерации (межгосударственных, межправительственных договоров и договоров межведомственного характера) независимо от их вида и наименования (договор, соглашение, конвенция, протокол, обмен письмами или нотами, иные виды и наименования международных договоров)... «Международный договор Российской Федерации» означает международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры... в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования...»

И.В. Цветков также предлагает понимать под внешнеторговым договором определенного рода соглашение. Формулируя дефиницию внешнеторгового договора, ученый пишет, что «под внешнеторговым договором предлагается понимать соглашение...»².

Анализ содержания норм гражданского законодательства, в которых так или иначе употребляется термин «договор» и (или) «соглашение», позволяет сделать вывод, что, несмотря на некоторые нюансы словоупотребления, законодатель не делает принципиальных различий между договорами и соглашениями, ставя между ними юридический знак равенства. Мы разделяем точку зрения М.Ф. Казанцева, полагающего, «что попытки установить юридический водораздел между договором и соглашением, жестко соподчинить их как вид и род (или наоборот) в настоящее время беспочвенны и бесперспективны, да и не вызваны потребностями современной теории и практики»³.

В наше время попытку соподчинить договор и соглашение как вид и род сделал М.И. Брагинский, провозгласив тезис: «Объем обоих понятий — «договор» и «соглашение» — не всегда совпадают. Если договор — это соглашение, то не всякое со-

¹ См.: Международное публичное право: сборник документов. Т. 1. М., 1996. С. 67–87.

² Цветков И.В. Воздействие публично-правовых требований на содержание внешнеторговых договоров: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2002. С. 8.

³ Казанцев М.Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования: дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2008. С. 39.

глашение представляет собой договор». Однако последовательно обосновать этот воспроизведенный тезис ему не удалось, ибо в явное противоречие с этим тезисом вступило другое утверждение автора, высказанное несколько ниже: «... сделка, совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором»¹. Представляется, что оно является обоснованным. Таким образом, понятия договор и соглашение в гражданском праве идентичны, а стало быть, определение юридической природы гражданско-правового договора через соглашение логически некорректно. Оно провоцирует неверное представление о логическом соотношении договора и соглашения как вида и рода.

В заключение хотелось бы отметить, что процесс эволюции учения Г.Ф. Шершеневича о договоре, в контексте современных цивилистических исследований, является неотъемлемой частью развития учения о юридических фактах. Развитие теории юридических фактов в российской науке представляет собой длительный и незавершенный процесс. Наиболее значимым его этапом явился дореволюционный. Учение о договоре, его понятие, место в системе юридических фактов было заложено именно в трудах цивилистов той поры, одним из которых является Г.Ф. Шершеневич — автор знаменитейшего учебника русского гражданского права².

Р.Р. Сафин,

ст. преподаватель кафедры частного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета (г. Набережные Челны)

Межотраслевые связи договора личного найма в работах Г.Ф. Шершеневича

Г.Ф. Шершеневич в своей работе «Учебник русского гражданского права» определял под личным наймом *договор, в силу которого одно лицо за вознаграждение приобретает право временного пользования трудом другого лица*³. Личный найм, устанавливающий обязательственное отношение, в основании своем имел договор. Он предполагал свободное соглашение сторон о пользовании и предоставлении труда. Этим признаком личный найм отличался от тех форм пользования чужим трудом, которые имели иное основание. Содержание обязательства, возникающего из договора личного найма, составляло *пользование чужим трудом*. Труд неотделим от человека, а потому пользование первым косвенно распространялось и на носителя рабочей силы⁴.

Институт договорного регулирования отношений личного найма носил комплексный, межотраслевой характер. Договор личного найма предполагал свободу распоряжения своей рабочей силой. Такое положение о свободе труда отражается сейчас в Конституции РФ.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 116.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского права (по изд. 1907 г.) / вступ. ст. Е.А. Суханова. М., 1995. С. 364.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 473—474.

Современный инновационный путь развития предполагает заинтересованную инициативную деятельность человека, прежде всего связанную с реализацией его экономических, социальных и примыкающих к ним прав. Конституция РФ как акт высшей юридической силы в государстве закрепляет основные права и свободы человека и гражданина в самых различных сферах общественной жизни, в том числе в сфере труда.

Согласно п. 1 ст. 37 Конституции РФ труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Гражданское право выступает основой частного права. Подтверждением этому является возможность использования гражданско-правовых конструкций в смежных правовых областях частного права — например, в трудовом.

Еще в работах Г.Ф. Шершеневича поднимался вопрос о межотраслевых связях отношений по выполнению работ и оказанию услуг: «Если наем имеет дело с производительным трудом, т.е. направленным на производство материальных благ, то результат труда составляет объект права собственности того лица, которое имеет право на труд. Хотя содержание личного найма состоит в пользовании только трудом, но характер договора не изменяется, если наниматель воспользуется также чужими материалами и орудиями, как необходимыми средствами приложения труда», «личный наем отличается от имущественного найма и ссуды», «нет никакой возможности определить заранее, что должен исполнить нанявшийся. Здесь все зависит от договора»¹. Г.Ф. Шершеневич также поднимал вопросы взаимоотношения личного найма и рабства.

Актуальность исследования вопросов применения лицом своих способностей к труду вызвала интерес ученых уже более 100 лет назад. И по сей день не потеряло своей актуальности.

Г.Ф. Шершеневич указывал, что пользование чужим трудом имеет срочный характер. Предельный срок договора личного найма составлял 5 лет. Отметим, что действующий Трудовой кодекс РФ закрепил в ст. 58 заключение трудового договора на определенный срок, но не более пяти лет (срочный трудовой договор).

«За пользование чужим трудом наниматель обязывается к вознаграждению»². Договор личного найма предполагал возмездность, как современные договоры на выполнение работ и оказание услуг, трудовой договор.

Согласно действующему ГК РФ обязательство, направленное на выполнение работы с целью достижения отделимого от нее результата, может быть только возмездным. Однако судебная практика свидетельствует о том, что в реальной жизни подчас возникают правоотношения, в которых одно лицо безвозмездно выполняет подрядные работы для другого. Такие обязательства связывают людей, имеющих между собой близкие, лично-доверительные отношения. Признать данные безвозмездные договоры недействительными нельзя, так как по существу в них нет ничего противозаконного.

Договор возмездного оказания услуг определен законодателем как возмездное обязательство. Применимые к нему нормы сформулированы либо в контексте возмездности правоотношения, либо независимо от его возмездности (безвозмездности). ГК РФ не регламентирует обязательств безвозмездного оказания услуг. Однако в реальной жизни такие отношения так же существуют, как и безвозмездные договоры подряда.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 364–367.

² Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 477.

Трудовой договор также предполагается возмездным: работодатель обязан своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату (ст. 56 Трудового кодекса РФ).

Договор личного найма имеет общие черты с ныне действующим трудовым договором в аспекте дееспособности. Несовершеннолетние не могли наниматься без согласия их родителей и опекунов.

Договор личного найма предполагал, как и всякий другой, свободу соглашения¹. По форме он мог заключаться письменно или устно, что сближало его с договором подряда.

Прекращение отношений по выполнению работ и оказанию услуг происходит по правилам прекращения договора личного найма².

Исследование проблематики взаимосвязей и взаимозависимостей различных частей системы права в условиях развития отечественного законодательства и известного усложнения современного правового регулирования выдвигается на одно из первых мест в юридической науке. Одним из стратегических направлений подобных исследований выступает научный анализ межотраслевых связей гражданского права и иных правовых отраслей³. Однако для полного и всестороннего исследования межотраслевых связей рассматриваемой области необходимо делать исторический экскурс и знакомиться с научными взглядами юристов-правоведов дореволюционного гражданского права. В условиях современного обновления гражданского права, это позволит глубже понять существо категории «межотраслевых связей»⁴.

Ю.А. Серкова,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Юридическая конструкция возмездного договора: научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность

В современном гражданском праве характеристика договора в качестве возмездного играет действительно большое значение, и многие авторы подчеркивают имущественно-стоимостной характер регулируемых им отношений. При этом необходимо обратить внимание на то, что действующее законодательство презюмирует возмездность договора, хотя и диспозитивной нормой (п. 3 ст. 423 ГК РФ), определяя как возмездный договор, за исполнение обязанностей по ко-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. С. 475.

² См. подробнее там же. С. 478–479.

³ Чельшев М.Ю. Значение исследования межотраслевых связей гражданского права для предупреждения, выявления и устранения юридических коллизий // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф. / отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшев. Вып. 1. М., 2006. С. 204.

⁴ Там же.

тому сторона получает какое-либо встречное предоставление, как правило, плату (п. 1 ст. 423 ГК РФ).

Г.Ф. Шершеневич уделял критерию возмездности немалое внимание. Так, говоря о соотношении недвижимостей родовых и благоприобретенных, он отмечал, что закон, конкретизируя, когда имение признается благоприобретенным, в частности, указывает на имущество, приобретенное возмездно от иного лица. Классифицируя по различным основаниям сделки, Габриэль Феликсович выделял возмездные (составляют значительное большинство в гражданском обороте и предполагают обоюдность услуг) и безвозмездные (доставляют выгоду только одной стороне). Анализируя легальное определение права собственности, раскрываемое через признаки, в качестве которых выступает соединение правомочий владения, пользования, распоряжения, он констатирует, что последнее дает возможность совершения различных, в том числе возмездных, сделок с данной вещью (объектом права собственности). Далее критически отмечается, что подобный способ закрепления в законе понятия неудачен, ибо не включает всю совокупность правомочий, которые входят в состав права собственности, упуская уничтожение вещи.

Г.Ф. Шершеневич, говоря о видах договоров, не обошел вниманием и их деление на возмездные (имущественный и личный наем, купля-продажа, заем) и безвозмездные, т.е. дарственные (дарение, ссуда — безвозмездные по существу; поклада, доверенность — могут являться безвозмездными), указав, что возмездный — это договор, в рамках которого одна сторона за совершение действия в пользу другой приобретает право требовать от последней соответствующего действия. При этом экономическая эквивалентность таких действий существенного значения не имеет, хотя экономическая ценность является необходимой. Вместе с тем он особо подчеркнул несовпадение рассматриваемой классификации с делением договоров на двусторонние и односторонние. Опираясь на нормы ст. 460–486 Устава торгового, Габриэль Феликсович справедливо свел практическое значение указанного деления к следующему: 1) при конкурсе в интересе кредиторов законом достаточно легко уничтожаются договоры безвозмездные в отличие от возмездных; 2) при возмездном договоре ответственность должника строже, чем при безвозмездном; 3) в сфере торговых отношений господствует презумпция возмездности договора.

Юридическая конструкция, на наш взгляд, представляет собой строение, состав и взаимное расположение частей специального правового механизма, появившегося в результате юридической деятельности. С этой позиции возможно рассматривать и юридическую конструкцию возмездного договора, в основе строения которой лежит критерий встречного предоставления. Кроме того, сама презумпция возмездности выступает одним из ключевых признаков механизма договорного регулирования в гражданском праве. При этом функция юридической конструкции возмездного договора — единообразно упорядочить группу частноправовых отношений, основанных на встречном предоставлении.

Здесь интересно обратить внимание на сделанный на основании анализа юридической практики вывод крупнейшего отечественного цивилиста о том, что любой случай возмездного приобретения товаров или вещей, которые впоследствии предполагается возмездно реализовать с целью извлечения прибыли, подпадает под понятие торговой сделки. Таким образом, проявляется взаимосвязь юридических конструкций возмездного договора и торговой сделки.

Сопоставление дореволюционной юридической конструкции возмездного договора с современной определенно позволяет говорить об их совпадении по ключевым признакам, хотя действующее законодательство распространяет презумпцию возмездности на любой гражданско-правовой договор, не ограничивая сферу ее применения только предпринимательскими отношениями, поскольку и в сфере бытового взаимодействия граждан действует предположение об их возмездном характере.

Это, в частности, существенно дифференцирует гражданско-правовые отношения от семейно-правовых, где устанавливать презумпцию возмездности представляется и нецелесообразным, и невозможным. В ст. 2 СК РФ на первое место поставлено регулирование неимущественных отношений в противоположность ст. 2 ГК РФ, где сначала указаны отношения имущественные. Поскольку семейными являются отношения между членами семьи (группы живущих вместе близких родственников) и их источником являются чувства — уважение, взаимная любовь, взаимопомощь (ст. 1 СК РФ), нельзя говорить о доминировании в них рационального, имущественного, возмездного начала.

Вместе с тем сказанное справедливо не только для неимущественных, но и для имущественных отношений, например для алиментных, которые имеют личный безвозмездный характер.

В гражданско-правовых отношениях, которые по большей части складываются между лицами, имеющими друг к другу практический, деловой интерес, напротив, доминирует имущественная и по большей части возмездная основа.

Более того, в ряде случаев прямо урегулированными оказываются только возмездные договорные отношения, а безвозмездные уходят в область действия свободы договора, аналогии закона или права. Так, отношения по передаче вещи в собственность, во временное владение, пользование могут основываться как на прямо предусмотренных ГК РФ возмездных (купля-продажа, мена, рента, аренда), так и безвозмездных (дарение, ссуда) договорах; а безвозмездные отношения по выполнению работ и оказанию услуг действующим законодательством в самостоятельные договорные типы не выделены. Например, легально зафиксированы только возмездные подрядные договоры; договор участия в долевом строительстве; договоры об оказании услуг (по общему правилу законом предусмотрены в качестве возмездных), перевозка, транспортная экспедиция, комиссия и т.д. Интересно обратить внимание и на конструкцию договора хранения. В отношении него, во-первых, действует общее предположение о возмездности, что дополнительно подтверждается ст. 896 ГК РФ; во-вторых, случай юридической конструкции безвозмездного договора презюмируется лишь в отношении хранения в гардеробах организаций, но и здесь окончательное решение оставлено на усмотрение хранителя, который может очевидным образом оговорить, обусловить возмездный характер отношений.

Достаточно подробно вопрос о возмездности поклажи был проанализирован и Г.Ф. Шершеневичем на основании исследования рассматриваемого критерия в римском, французском (безвозмездность — существенный признак поклажи), австрийском (презумпция безвозмездности, изменяемая соглашением сторон), немецком (предположение о возмездности поклажи) праве. Габриэль Феликсович подход германского законодателя оценивал как наиболее верный и отмечал, что несмотря на то, что исторически в основе хранения лежали дружественные отношения сторон (в частности, это было зафиксировано в Русской Правде), развитие

общественных отношений привело к определенной трансформации регулирования поклажи: отечественный законодатель занял позицию, аналогичную австрийскому подходу. Поэтому в зависимости от того, установлено ли вознаграждение, договор поклажи может рассматриваться как двусторонний или односторонний.

На сегодняшний день весьма сложным и неопределенным является вопрос о возмездности договоров о совместной деятельности, об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью и т.п. Так, в отношении договора простого товарищества многие известнейшие цивилисты высказывают прямо противоположные точки зрения, относя его либо к возмездному, либо к безвозмездному. К сожалению, подобная ситуация размывает данную юридическую конструкцию, делая ее состав неопределенным. Что касается договора об осуществлении прав участников общества, то его конструкция, будучи относительно новой, еще не представляется полностью исследованной. Вместе с тем в имеющихся работах хоть и анализируются его правовая сущность, условия, субъектный состав, права и обязанности сторон, форма и иные аспекты, ответа на вопрос о его возмездном или безвозмездном характере не содержится.

В целом полагаем, что доминирование в гражданском праве юридической конструкции возмездного договора является очевидным.

Таким образом, можно констатировать, что особенности юридической конструкции возмездного соглашения, как в научных воззрениях Г.Ф. Шершеневича, так и на современном этапе развития гражданско-правового регулирования, проистекают из предположения о наличии встречного предоставления как характерной черте частноправовых договорных отношений.

Н.А. Синева,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Правовое регулирование договора оптовой купли-продажи

Договор купли-продажи занимает особое место в системе договоров. Это наиболее распространенный договор в гражданской сфере, а также в торговле. Что касается международной торговли и всей внешнеэкономической деятельности, то она не может быть сведена исключительно к купле-продаже. «Но также верно и то, что этот вид договоров (купля-продажа) продолжает занимать центральное место, является наиболее разработанным с юридической точки зрения, оказывал и оказывает существенное влияние на формирование условий договоров, появившихся с развитием новых форм международных экономических отношений»¹.

Однако современный ГК РФ детально урегулировал розничную куплю-продажу, но в нем нет и упоминания об оптовой купле-продаже. Такую ситуацию мож-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. С. 17–18.

но объяснить тем, что традиционно в коммерческом праве главным реализационным договором выступал договор поставки и оптовая купля-продажа регламентировалась именно нормами этого договора. Соответственно, представляется необходимым определить юридическую природу договора оптовой купли-продажи. Ведь понимание юридической природы договора является центральной проблемой в теории договорного права. От правильного установления юридической (правовой) природы договора зависит весь комплекс вопросов, связанных с взаимоотношением сторон.

В значительной мере нормы, регулирующие международный товарооборот, базируются на европейской правовой традиции, основу которой составляет римско-правовое содержание представлений и понятий.

Договор купли-продажи известен со времен римского права. Возникновение договора купли-продажи (*emptio-venditio*) в римском частном праве связано с правовой системой *ius gentium* (правом народов) — римское право, регулировавшее отношения между римскими гражданами и иностранцами на территории Рима. В основном право народов регулировало вопросы в сфере торгового оборота. Сегодняшнее определение договора совпадает с римским — купля-продажа есть договор, посредством которого одна сторона — продавец (*venditor*) обязуется предоставить другой стороне — покупателю (*emptor*) вещь, товар, а другая сторона — покупатель обязуется уплатить продавцу за проданную вещь определенную денежную цену.

В дореволюционном русском праве купля-продажа рассматривалась законодателем как договор только при продаже движимой вещи. В отношении недвижимости купля-продажа была отнесена не к договорам, а к способам приобретения прав на имущество. Такое определение порождало серьезные споры¹. Но признанию купли-продажи недвижимости способом установления права собственности, а не договором должно препятствовать то, что стороны заключили соглашение. Оно не выделяется в особое отношение и является основанием купли-продажи всегда. Но в литературе проводилась ссылка на купчую, которая «могла иметь значение лишь для недвижимости. Следовательно, практика наша, отвергнув сомнение в договорном характере, признала куплю-продажу односторонним договором, по которому одно лицо обязуется уплатить другому известную сумму денег за вещь, приобретенную от него в собственность»². В качестве предварительного договора купли-продажи существовала запродажа — договор, в силу которого стороны обязуются заключить в известный срок договор купли-продажи.

По юридической природе договор оптовой купли-продажи рассматривается как консенсуальный (считается заключенным с момента достижения соглашения по всем существенным условиям), взаимный (как продавец, так и покупатель имеют права и несут обязанности, предусмотренные законом и договором), возмездный (договор, по которому одна сторона (продавец) должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей от другой стороны (покупателя)).

При рассмотрении оптовой купли-продажи как самостоятельного вида реализационного договора следует отметить его специфические признаки: сфера при-

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 2000; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 338–339.

менения — оптовая торговля; специальный субъектный состав участников; целевая предназначенность реализуемых товаров — поступление в розничную торговую сеть для последующей продажи населению. Соответственно к предмету договора предъявляются особые требования — в частности, предметом выступают движимые вещи, которые могут подпадать под понятие товар. Кроме того, предмет договора должен отвечать требованиям, установленным в Федеральном законе «О защите прав потребителей» (качество товара, безопасность товара, наименование технического регламента или иное установленное законодательством РФ о техническом регулировании и свидетельствующее об обязательном подтверждении соответствия товара обозначению, сведения об основных потребительских свойствах товаров, цена в рублях и условия приобретения товаров, гарантийный срок, если он установлен, срок службы или срок годности товаров). Такая информация должна быть доведена до сведения покупателя в технической документации, прилагаемой к товарам, на этикетках, маркировкой или иным способом, принятым для отдельных видов товаров. Помимо этого потребитель товара имеет право на информацию об изготовителе (фирменное наименование (наименование) организации, место ее нахождения (адрес) и режим ее работы).

При обнаружении недоброкачества товара покупатель вправе потребовать замены, уценки либо незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара. Информацию об организациях, выполняющих ремонтные и восстановительные работы, продавец обязан довести до сведения покупателя при продаже товара.

Помимо указанных критериев, которые содержатся в Законе РФ «О защите прав потребителей», в федеральных законах и иных правовых актах могут содержаться правовые и организационные требования, регулирующие деятельность торговых организаций. Это в свою очередь также будет определять особенности рассматриваемого вида договора.

Коммерческие договоры в ряде зарубежных стран строятся именно на модели договора купли-продажи, а не поставки. Этим обуславливается широкое применение положений Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.¹ Однако договор, заключенный субъектами разной государственной принадлежности, коммерческие предприятия которых находятся на территории одного государства, не признается в смысле Конвенции договором международной купли-продажи и, соответственно, к нему неприменимы ее положения (ст. 1).

Отсутствие в законе определения договора оптовой купли-продажи приводит к тому, что арбитражные суды квалифицируют такие сделки как договоры поставки либо применяют к ним общие правила о договорах купли-продажи². А это два самостоятельных договора. При заключении договора оптовой купли-продажи подразумевается разовая сделка, а поставка применяется при регулярных, длительных отношениях. Соответственно, должны быть различны и требования, предъявляемые к форме договоров.

¹ Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи (заключена в Вене 11 апреля 1980 г.) // Вестник ВАС РФ. 1994. № 1.

² См.: Андреева Л.В. Коммерческое право России: учебник. М., 2006. С. 137.

М.Б. Смирнова,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры гражданского и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Влияние взглядов Г.Ф. Шершеневича на современное учение о гражданском и страховом правоотношении в отечественной цивилистике

Для рассмотрения сложившихся в науке общих представлений о правоотношениях в их современном виде необходимо обратиться к истокам отечественной цивилистики, а именно к трудам известного ученого Г.Ф. Шершеневича. Выдающийся русский юрист, цивилист, профессор Казанского и Московского университетов Г.Ф. Шершеневич раскрывает понятие гражданского правоотношения с цивилистических позиций, определяя его «как основанное на юридическом факте соответствие права и обязанности, которое устанавливается между лицами».

Современные ученые поддерживают точку зрения Г.Ф. Шершеневича (трактовка С.С. Алексеева), что правоотношение — это возникшая на основе права общественная связь между лицами, характеризующая наличием субъективных юридических прав и обязанностей и поддержанная (гарантированная) принудительной силой государства. По определению Р.О. Халфиной, ставшему общепринятым, правоотношение — это общественное отношение, урегулированное нормами права. Более подробным, на наш взгляд, является определение Н.И. Матузова: «Правоотношения — это урегулированные правом и находящиеся под охраной государства общественные отношения, участники которых выступают в качестве носителя взаимно корреспондирующих друг другу юридических прав и обязанностей».

В результате урегулирования нормами гражданского права общественных отношений они приобретают правовую форму и становятся гражданскими правоотношениями. Научное понятие гражданского правоотношения отражает единство и взаимодействие идеологических и базисных отношений и не позволяет рассматривать его в качестве особого идеологического отношения, существующего наряду с имущественным отношением.

В связи с изменением социальной структуры российского общества в начале XXI в. одной из доминирующих проблем становится выбор стратегии и тактики правового развития России, гарантирующий выполнение обязанностей правового государства. Именно страхование призвано направить усилие общества и государства на обеспечение права граждан Российской Федерации на достойную жизнь. Классическое определение страхования дал Г.Ф. Шершеневич, занимаясь вплотную проблемами торгового права и страхования, еще будучи с 1896 г. профессором кафедры гражданского права и судопроизводства Казанского университета. Он отмечал, что «страхование, имеющее своей целью обеспечить частное хозяйство от убытка, который может быть причинен ему каким-нибудь чрезвычайным событием юридически достигается... путем... торгового страхования». Таким образом, благодаря известному ученому Г.Ф. Шершеневичу сторонники его теории

получили возможность специально выделить и исследовать содержание и специфику страховых правовых отношений.

Необходимо отметить, что понятие «страховое правоотношение» вошло в страховую науку относительно недавно и не подвергалось до сих пор специальному исследованию в отечественной и зарубежной страховой литературе. В данной статье предпринимается попытка на уровне последних разработок общей теории правоотношений попытаться хотя бы отчасти заполнить этот пробел.

Для научной разработки теории страховых правоотношений прежде всего мы рассматриваем общие труды российских правоведов — последователей казанского ученого: А.Г. Гойхбарга, О.С. Иоффе, В.К. Райхера, В.И. Серебровского. Кроме того, нам интересны исследования, которые внесли несомненный вклад в освещение поставленной проблемы или отдельных ее сторон, в частности, работы Ю.И. Васина и В.Н. Шукина, К.И. Пылова, В.Г. Ульянищева, Ю.Б. Фогельсона, М.Я. Шиминовой, В.Н. Яковлева и др. Наконец, необходимо привлечь правовую литературу смежных со страхованием дисциплин коммерческого, предпринимательского, торгового права.

Обеспечение страховых отношений в России начинает достаточно основательно разрабатываться в правовой системе Российской Федерации. Определение сущности страховых отношений впервые зафиксировано еще в ст. 2 старого Закона РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-І «О страховании». Это «отношения по защите имущественных интересов физических и юридических лиц, при наступлении определенных событий (страховых случаев) за счет денежных фондов, формируемых из уплачиваемых ими страховых взносов (премий)». Затем были внесены дополнения. В современный Закон РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» внесены дополнительно: 1) страховая защита представляется в форме уплаты определенной денежной суммы из сформированных денежных фондов; 2) страховые события должны обладать признаками вероятности, случайности.

Требование об имущественном характере страхового интереса идет от английского закона о страховании жизни (*Gambling Act*), в соответствии с которым страхователь имел материальный интерес в страховании жизни застрахованного лица. Современные законодательные системы относят к объектам гражданского права и нематериальные блага — жизнь, здоровье, честь и др. (ст. 128, 150 ГК РФ), следовательно, и страховая защита распространяется на них (ст. 934 ГК РФ). К характерным признакам страховых отношений можно отнести следующие: уплата денежных сумм при наступлении определенных событий; случайность наступления этих событий; наличие интереса (имущественного или неимущественного) у страхователя; платность услуги по предоставлению защиты; наличие специально формируемых денежных фондов, за счет средств которых и обеспечивается эта защита.

Подчеркнем, что только страховым отношениям присущи эти признаки вместе и именно наличие их всех выделяет страховые отношения из других видов отношений. Из этого следует, что страховое правоотношение явление сложное, комплексное, развивающееся, отсюда столь важна попытка его системного изучения.

Прежде всего определимся в том, что страховые правоотношения являются разновидностью правового отношения со всеми его свойствами, признаками, элементами. По верному определению Г.Ф. Шершеневича, юридические отношения разделяются на следующие элементы: субъект, объект, право, обязанность. Данной точки зрения придерживается признанный специалист в области теории правоотношения

Р.О. Халфина: «Если правоотношения рассматриваются как совокупность субъективных прав его участников и корреспондирующих им юридических обязанностей, то объектом правоотношения признается реальное поведение его участников».

Обобщая специфику страхового правоотношения, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что оно является алеаторным (т.е. рисковым), так как обязанность страховщика, равно как и страхователя, уплатить сумму денег, равную нанесенному ущербу, состоит в зависимости от наступления предусмотренного страхового события.

Таким образом, вклад, внесенный в общую теорию гражданского и страхового правоотношения знаменитым казанским ученым Г.Ф. Шершеневичем, несомненен. Автор внес значительные новации в гражданское, торговое и страховое право, занимаясь также законотворчеством и правоприменительной практикой. Он создал основополагающую доктрину гражданского правоотношения в целом и страхового правоотношения в частности.

П.В. Сокол,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Договор об оказании услуг специализированного депозитария в отношениях по обеспечению жильем военнослужащих посредством накопительно-ипотечной системы

В числе способов реализации прав граждан на жилище не последнее место занимает обеспечение жильем военнослужащих посредством накопительно-ипотечной системы. Его правовую основу составляет одноименный Федеральный закон от 20 августа 2004 г. «О накопительно-ипотечной системе жилищного обеспечения военнослужащих» (далее — Закон о накопительно-ипотечной системе).

Важное место в указанном правовом институте занимают отношения по оказанию услуг специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу. На анализе данного договора и предлагается остановиться в рамках настоящей статьи.

1. В соответствии со ст. 7 Федерального закона от 22 апреля 1996 г. «О рынке ценных бумаг» депозитарной признается деятельность по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету и переходу прав на ценные бумаги.

Правовое регулирование отношений по осуществлению депозитарной деятельности и оказания соответствующих услуг помимо названных законов о накопительно-ипотечной системе и рынке ценных бумаг осуществляется:

— ГК РФ (в первую очередь положениями гл. 39 ГК РФ «Возмездное оказание услуг»);

— Федеральным законом от 7 мая 1998 г. «О негосударственных пенсионных фондах» (ст. 7¹, 7², регламентирующие вопросы лицензирования указанной деятельности);

– Федеральным законом от 29 ноября 2001 г. «Об инвестиционных фондах» (ст. 60¹, 60², регламентирующие вопросы лицензирования деятельности специализированных депозитариев);

– Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. «О центральном депозитарии».

2. Договор, регулирующий отношения сторон в процессе депозитарной деятельности, в терминологии Закона о рынке ценных бумаг именуется также депозитарным договором или договором о счете депо (ст. 7).

Договор об оказании услуг специализированного депозитария – это в первую очередь разновидность договора возмездного оказания услуг – соглашения, по которому исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (п. 1 ст. 779 ГК РФ).

Конструкция договора об оказании услуг специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу состоит в следующем – это соглашение, по которому специализированный депозитарий за установленную договором плату обязуется оказывать уполномоченному федеральному органу услуги специализированного депозитария, а уполномоченный федеральный орган обязуется принять и оплатить такие услуги (п. 2 ст. 18 Закона о накопительно-ипотечной системе).

Объем содержания услуг специализированного депозитария раскрывается в п. 1 ст. 18 и п. 1 ст. 21 Закона о накопительно-ипотечной системе – это услуги по хранению сертификатов ценных бумаг в документарной форме, учету прав на ценные бумаги, в которые инвестированы накопления для жилищного обеспечения.

Исходя из конструкции договора, его сторонами являются: депонент – лицо, пользующееся услугами депозитария по хранению ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги. Им является уполномоченный федеральный орган – Министерство обороны РФ. Хотя является более правильным считать депонентом Российскую Федерацию в целом, так как в данном случае уполномоченный федеральный орган вступает в отношения от имени и в интересах Российской Федерации, осуществляя закрепленные за ним функции.

Специализированный депозитарий (в терминологии Закона о рынке ценных бумаг – депозитарий) – профессиональный участник рынка ценных бумаг, осуществляющий депозитарную деятельность.

Если характеризовать указанный договор по критерию прав и обязанностей сторон, он относится к двусторонне обязывающим; по критерию встречного предоставления – возмездным; по моменту заключения – консенсуальным; по критерию срока – срочным договором, который заключается на срок пять лет.

Приказом Федеральной службы по финансовым рынкам РФ от 2 апреля 2009 г. № 09-11/пз-н «Об утверждении типовых форм договора об оказании услуг специализированного депозитария федеральному органу исполнительной власти, обеспечивающему функционирование накопительно-ипотечной системы жилищного обеспечения военнослужащих, договора доверительного управления накоплениями для жилищного обеспечения военнослужащих и договора об оказании услуг специализированного депозитария управляющей компании, осуществляющей доверительное управление накоплениями для жилищного обеспечения военнослужащих» (зарег. в Минюсте России 12 мая 2009 г. № 13911) утверждена типовая форма рассматриваемого договора.

3. К существенным условиям договора об оказании услуг специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу комментируемая статья относит: порядок исполнения специализированным депозитарием обязанностей; размер и порядок оплаты управляющими компаниями услуг специализированного депозитария, оказанных уполномоченному федеральному органу; основания и порядок изменения и досрочного расторжения договора; ответственность специализированного депозитария за неисполнение обязанностей; ответственность специализированного депозитария за соответствие специализированного депозитария дополнительным требованиям, установленным Правительством РФ, в течение срока действия договора; срок действия договора.

Кроме этого, существенным условием любого договора является его предмет (ст. 432 ГК РФ). В данном случае это услуга специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу по хранению сертификатов ценных бумаг и (или) учету прав на ценные бумаги.

Также в ст. 7 Закона о рынке ценных бумаг среди существенных условий депозитарного договора названы: порядок передачи депонентом депозитарию информации о распоряжении депонированными в депозитории ценными бумагами депонента; форма и периодичность отчетности депозитария перед депонентом.

Депозитарий не имеет права распоряжаться ценными бумагами депонента, управлять ими или осуществлять от имени депонента любые действия с ценными бумагами, кроме осуществляемых по поручению депонента в случаях, предусмотренных депозитарным договором.

На ценные бумаги депонентов, денежные средства депонентов, находящиеся на специальном депозитарном счете, не может быть обращено взыскание по обязательствам депозитария. Депозитарий не вправе зачислять собственные денежные средства на специальный депозитарный счет, за исключением случаев их выплаты депоненту, а также использовать в своих интересах денежные средства, находящиеся на специальном депозитарном счете.

Специализированный депозитарий вместе с управляющей компанией несут солидарную ответственность перед уполномоченным федеральным органом за неисполнение обязанностей.

4. В отношении договора об оказании услуг специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу ст. 18 Закона о накопительно-ипотечной системе предусмотрены специальные основания прекращения договора:

- приостановление действия выданной специализированному депозитарию лицензии на осуществление депозитарной деятельности или лицензии на осуществление деятельности специализированного депозитария инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов или аннулирования таких лицензий;

- введение в отношении специализированного депозитария процедуры несостоятельности (банкротства) (наблюдение, финансовое оздоровление, внешнее управление, конкурсное производство);

- принятие решения о ликвидации специализированного депозитария;

- отказ уполномоченного федерального органа от договора об оказании услуг специализированного депозитария. Это проявление установленного ст. 310 ГК РФ подхода о том, что односторонний отказ от исполнения обязательства и односто-

роннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Уполномоченный федеральный орган обязан отказаться от договора об оказании услуг специализированного депозитария в таких случаях, как:

- несоответствие специализированного депозитария установленным ст. 21 Закона о накопительно-ипотечной системе требованиям;
- неоднократного нарушения порядка и сроков уведомления уполномоченного федерального органа или федерального органа исполнительной власти в области финансовых рынков о нарушениях, выявленных в процессе осуществления деятельности.

Если для отказа от исполнения договора доверительного управления накоплениями срок уведомления, предусматриваемый в договоре, не может превышать 7 дней до момента прекращения, то при отказе от исполнения договора об оказании услуг специализированного депозитария срок для такого уведомления должен составлять не менее 7 дней до дня его прекращения.

Расторжение договора доверительного управления или отказ от исполнения договора влечет прекращение возникшего из него обязательства. Это вытекает из п. 3 ст. 450, п. 2 ст. 453 ГК РФ.

Договор об оказании услуг специализированного депозитария прекращается со дня принятия соответствующего решения. В случае судебного расторжения договора — со дня вступления соответствующего решения в законную силу.

С учетом проведенного исследования предлагается новое определение договора об оказании услуг специализированного депозитария уполномоченному федеральному органу как соглашения, по которому специализированный депозитарий обязуется по заданию Российской Федерации в лице уполномоченного федерального органа оказать услуги по хранению сертификатов ценных бумаг в документарной форме, учету прав на ценные бумаги, в которые инвестированы накопления для жилищного обеспечения, переданные в доверительное управление управляющим компаниям, а также контролю за распоряжением этими накоплениями, а уполномоченный федеральный орган обязуется принять и оплатить такие услуги. Это необходимо закрепить в п. 2 ст. 18 Закона о накопительно-ипотечной системе.

О.С. Сотскова,
преподаватель кафедры гражданского
и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Некоторые проблемы договора международной воздушной перевозки пассажира и багажа

Договор международной воздушной перевозки пассажира и багажа — материя, в которую следует проникать через призму гражданско-правового регулирования, поскольку эти отношения носят сложный характер в силу применения к ним различных правовых систем.

Непосредственно сам договор перевозки известен российской цивилистике уже больше века. Еще до революции российское гражданское законодательство относило договор перевозки к отдельному виду договора подряда (ст. 1738 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи), отрицая его самостоятельность (*sui generis*).

Напротив, гражданско-правовая доктрина того времени исходила из самостоятельного характера договора перевозки и необходимости обеспечения его детального регулирования. Так Г.Ф. Шершеневич, проводя классификацию гражданско-правовых договоров, относил договор перевозки к категории договоров на предоставление пользования чужими услугами. Он писал: «Договор перевозки вообще есть сложное отношение. Здесь есть личный наем, насколько перемещение требует личных сил или услуг перевозчика; имущественный наем, насколько перемещение соединяется с пользованием чужими вещами, напр. вагонами; поклада, насколько железнодорожный перевозчик обязывается к сохранению вверенного ему груза; поручение, насколько этот перевозчик выполняет возложенные на него отправителем задачи, напр. взыскивает наложенный платеж». Отсутствие же законодательного закрепления самобытного характера договора перевозки он объяснял тем, что «позднейшие договоры образуются из прежних путем сочетания различных юридических элементов».

Содержание исследуемого нами договора международной воздушной перевозки пассажира и багажа в целом представляет собой совокупность всех его условий, определяющих права и обязанности сторон — пассажира и перевозчика. Круг основных обязанностей перевозчика заложен в самом определении договора перевозки пассажира, содержащемся в ст. 786 ГК РФ: перевозчик обязуется перевезти пассажира в пункт назначения, а в случае сдачи пассажиром багажа также доставить багаж в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение багажа лицу.

Несмотря на законодательное закрепление договора перевозки пассажира, в научной литературе встречаются споры, касаемо правовой сущности этого договора.

В правовой литературе советского периода обязательство по перевозке пассажиров рассматривались преимущественно в качестве самостоятельного обязательственного типа (вида). В современной доктрине преобладает позиция сторонников отнесения обязательств по перевозке к группе обязательств об оказании услуг, в литературе находятся различные суждения о соотношении договора перевозки пассажира и договора перевозки багажа.

Авторы советского периода рассматривали обязательство перевозки багажа в качестве самостоятельного по отношению к обязательству по перевозке пассажиров. Так, Г.Д. Отнюкова считает, что «перевозчик обязан заключить с пассажиром договор о перевозке багажа». Такой подход можно встретить и в современной литературе. Относительную самостоятельность договора о перевозке багажа придает Т.Е. Абова: «одним из условий договора перевозки пассажира является его право на перевозку багажа за плату по тарифу. Реализуется это право путем передачи (вручения) пассажиром перевозчику багажа и тем самым хотя и сопутствующего договору перевозки пассажира, но самостоятельного соглашения о доставке в пункт назначения багажа».

Противоположную позицию занял М.И. Брагинский: «Очевидно, что действия пассажира по сдаче багажа и действия перевозчика по его доставке в пункт назначения и выдаче багажа пассажиру не выходили за пределы предмета договора перевозки пассажира и должны квалифицироваться как действия сторон по исполнению обязательств, вытекающих из договора перевозки пассажира». На это хочется возразить пассажиром из решения Кстовского городского суда Нижегородской области, в котором суд пришел к выводу, что пассажиру причинен материальный ущерб при международной перевозке воздухом по причине не исполнения ООО Авиакомпанией «ВИМ-АВИА» взятых на себя обязательства по доставке багажа.

Стоит отметить, что позиция сторонников придать самостоятельность договору воздушной перевозки багажа подкрепляется также различием объектов — если по договору воздушной перевозки пассажира обязательством признается услуга, то при перевозке багажа — выполняемая работа, которая состоит в перемещении вещественных благ авиаперевозчиком. Некоторые цивилисты в попытке обособить соглашение о перевозке багажа сформулировали определение такого рода договора.

Помимо указанного различия имеется в реальном характере договора международной воздушной перевозки багажа и консенсуальном — договора перевозки пассажира.

Определения договора международной воздушной перевозки нет ни в российском законодательстве, ни в международных договорах РФ (Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, от 12 октября 1929 г.). Согласно ст. 4 Варшавской системы (ст. IV Гаагского протокола) при перевозке зарегистрированного багажа должна выдаваться багажная квитанция. Иными словами, багажная квитанция будет до доказательства противного являться свидетельством регистрации багажа и условий договора о перевозке этого багажа. Такое обстоятельство еще раз подтверждает самостоятельность соглашения о международной перевозке багажа воздухом. Справедливо отмечает А.С. Касаткина при классификации международных договоров: «Что касается перевозки багажа, то в международных источниках подробно регламентируются следующие вопросы: предметы, принимаемые для перевозки в качестве багажа, их максимальный вес, порядок подготовки к перевозке, а именно: вопросы упаковки, маркировки и др., порядок приема и оформления, выдача багажа, вопросы ответственности».

В заключение хотелось бы привести и по сей день актуальные слова величайшего ученого, столпа русской цивилистики, Г.Ф. Шершеневича о том, что «до сих пор редкий договор не возбуждает спора о юридической его природе». Так, в науке не выработано единого мнения относительно самостоятельности договора перевозки багажа международным воздушным транспортом. Позиция сторонников самостоятельности договора представляется нам все же более убедительной и обоснованной. Дополнительным аргументом данной дискуссии может служить суждение, высказанное Г.П. Савичевым о том, что включение в единое понятие договора перевозки как пассажира, так и его багажа не дает оснований для вывода о правовом единстве этих двух договоров.

А.В. Сятчихин,

студент 4-го курса юридического факультета,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет;
науч. рук. д.ю.н., профессор В.Г. Голубцов

Эволюция способов обеспечения исполнения обязательств в гражданском праве России

Первыми в отечественной цивилистике об обеспечительных обязательствах упомянули Д.И. Мейер и К.И. Анненков. Так, по мнению первого, к обеспечению исполнения обязательств следует отнести все то, что «по правилам благоразумия может побудить должника к точному исполнению договора, будучи совместным с существующими юридическими определениями». Схожее определение дает и К.И. Анненков, признавая под обеспечением «средства и способы, направленные на укрепление обязательств, т.е. придание им большей верности в отношении получения удовлетворения верителем». Оба упоминания не расходятся с современным подходом к пониманию обеспечения обязательств.

Примечательным остается тот факт, что в дореволюционном периоде большинство русских цивилистов не были склонны к выделению общих признаков обеспечения обязательств, а останавливались на их описании. Ни в Проекте гражданского уложения, ни в Своде законов гражданских Российской империи не удастся обнаружить общих признаков обеспечительных средств. Лишь сенатская практика позволяет сделать два общетеоретических вывода: обеспечение принимается сторонами в рамках дополнительного договора, и договор этот носит акцессорный характер.

Советский период характеризуется тем, что значительного внимания к учению об обеспечении обязательств не уделялось. Эта позиция была оправдана для данного периода, поскольку за основу экономики была положена административно-плановая система, в условиях которой действовал принцип реального исполнения обязательств. Использование даже залога или поручительства было весьма затруднительным и в некотором роде рискованным. На практике применялись лишь задаток в отношениях между гражданами, а также неустойка.

Но, несмотря на это обстоятельство, в данном периоде существовал ряд исследований, затрагивающих некоторые аспекты понятия обеспечения обязательств. Но лишь С.Я. Сорокиной вопрос о понятии обеспечения обязательств ставился в качестве приоритетной цели.

Пожалуй, самым важным событием в развитии советской теории обеспечения обязательств явилось выделение общего родового понятия правовых обеспечительных мер. С.С. Алексеевым предложено подразделять правоотношения на регулятивные (первичные) и охранительные (вторичные), последние из которых стали созидательным материалом обеспечительных мер. Это событие имеет концептуальный характер, поскольку обеспечительные меры и способы обеспечения обязательств соотносятся как общее и частное. Родовая категория охранительно-обес-

печительных мер позволяет обнаружить другие средства, направленные на обеспечение исполнения обязательств.

Далее Т.И. Илларионова, классифицируя вторичные охранительные институты, выделяла пресекательные, компенсационные и охранительно-обеспечительные меры. Затем, анализируя динамику обеспечительных мер, Б.И. Пугинский отметил, что «меры правового обеспечения преобразуются из норм в правовые средства на той стадии, когда применение каждого из них передается на усмотрение субъекта, превращаясь из предписания в возможность». Тем самым учение об обеспечении исполнения прав и обязанностей получило свое развитие, являясь, безусловно, шире по предмету, чем учение об обеспечении обязательств.

В современный период господство получила концепция, обозначенная В.С. Константиновой, считающей что «все правовые средства обладают обеспечительными свойствами. Обеспечительно-охранительные средства преследуют цель способствовать надлежащему поведению субъектов, а при необходимости восстановить нарушенные права». Б.М. Гонгало не только признает существование правовых обеспечительных мер, но и различает их подвид — гражданско-правовые обеспечительные меры как «установленные гражданским законом или договором дополнительные гарантии осуществления своих прав уполномоченным лицом или (и) защиты интереса этого лица». О.С. Иоффе же предложил разделить все обеспечительные меры на общие и специальные, к последним и были отнесены способы обеспечения обязательств. Отнесение данных способов к специальным объяснялось тем, что специальные меры носят дополнительный характер, могут применяться независимо от общих мер на основании закона или же соглашения сторон.

На современном же этапе представление о понятии обеспечения обязательств не претерпело каких-либо серьезных изменений. В учебной литературе определение обеспечения обязательств либо пропускается, либо воспроизводятся интерпретации, выработанные еще в советский период.

Для исследования обеспечительных мер примечателен один исторический факт. Отечественный законодатель, вплоть до принятия части первой ГК РФ в 1994 г., не выделял способы обеспечения обязательств в отдельную главу, а помещал их в другие разделы. Так, залог в Проекте гражданского уложения находился в главе о вотчинных правах (разд. V кн. III), задаток и неустойка, а также отступное упоминались в общих положениях о договоре (гл. II разд. I кн. V). В ГК РСФСР 1922 г. положения о залоге располагались в разделе о вещных правах, неустойка и задаток же находились в § 2 раздела «Обязательственное право» наряду с правилами о порядке заключения договора, встречном исполнении обязательств и недействительности договоров. Отдельный же параграф об обеспечении обязательств появился лишь с принятием ГК РСФСР 1964 г. (в гл. 17).

Появление главы об обеспечении обязательств в ГК РФ есть результат целесообразного обособления соответствующих норм права. Все в своем роде находится в постоянном движении, как поступательном, так и регрессивном. Право в целом как социальный феномен в этом ряду не исключение, ибо поэтому изначального становления обеспечения обязательств как самостоятельного и фундаментального института не было и быть не могло.

Нельзя сказать, что в науке есть принципиальные противники новых способов обеспечения, скорее похоже это на догматический скептицизм. Ни один из по-

именованных в законе способов обеспечения обязательств не возник в результате рационального научного предложения. Действующие способы — не есть результат развития учения об обеспечении обязательств, скорее наоборот учение об обеспечении обязательств — результат комплексного осмысления конкретных способов, применяемых сторонами на практике.

Т.В. Ткаченко,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Южный федеральный университет (г. Ростов-на-Дону)

Право на жилище детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц из числа таких детей

В соответствии со ст. 40 Конституции РФ каждый имеет право на жилище. Осуществляется это право по основаниям и в порядке, установленном законодательством РФ и субъектов РФ. Согласно ч. 1 ст. 72 Конституции РФ вопросы защиты семьи и детства, социальной защиты, жилищное законодательство находятся в совместном ведении РФ и ее субъектов. В отношении детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, а также лиц из числа таких детей законодательством РФ закреплена гарантия получения ими бесплатного жилого помещения.

К числу федеральных законов относятся: Федеральный закон от 21 декабря 1996 г. (с изм. от 29 февраля 2012 г.) «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» (далее — Закон о дополнительных гарантиях) и ЖК РФ.

Законом о дополнительных гарантиях перечень полномочий органов государственной власти субъекта РФ по предметам совместного ведения РФ и ее субъектов, закрепленных в п. 2 ст. 26.3 Федерального закона от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации», дополнен указанием на обеспечение жилыми помещениями детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. В связи с этим основная обязанность и ответственность за обеспечение названных лиц жилыми помещениями возложена на органы государственной власти субъектов РФ.

Следует отметить, что в соответствии со ст. 8 Закона о дополнительных гарантиях, п. 2 ст. 57 ЖК РФ до 1 января 2013 г. вышеназванным лицам, не имевшим жилых помещений, по окончании их пребывания в образовательных и иных учреждениях, в том числе в учреждениях социального обслуживания, приемных семьях, детских домах семейного типа, при прекращении опеки (попечительства), по окончании службы в Вооруженных Силах РФ или по возвращении из мест лишения свободы органы исполнительной власти по месту жительства должны были вне очереди предоставить жилые помещения по договору социального найма не ниже установленных социальных норм.

К сожалению, Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 15-ФЗ указанные правила с 1 января 2013 г. отменены. Теперь в соответствии со ст. 8 Закона о допол-

нительных гарантиях предусмотрен новый порядок обеспечения жильем указанных лиц. Согласно этой статье орган исполнительной власти субъекта РФ, на чьей территории находится место жительства перечисленной категории лиц, в порядке, предусмотренном законодательством этого субъекта РФ, обязан однократно предоставить благоустроенные жилые помещения специализированного жилищного фонда по договорам найма специализированных жилых помещений названной категории лиц, которые: 1) не являются нанимателями жилья по договорам социального найма или членами семьи такого нанимателя либо собственниками жилых помещений; 2) являются такими нанимателями или членами их семьи либо собственниками жилых помещений в тех случаях, когда их проживание в ранее занимаемых жилых помещениях признается невозможным.

Названным лицам жилые помещения должны предоставляться по достижении ими 18 лет, а также в случаях приобретения ими полной дееспособности до достижения совершеннолетия. Законодательством субъекта РФ могут быть предусмотрены случаи предоставления жилья таким лицам до достижения ими 18 лет. Жилые помещения лицам, достигшим 18 лет, должны предоставляться по их письменному заявлению по окончании срока пребывания в образовательных учреждениях, учреждениях социального обслуживания населения, системы здравоохранения и иных учреждениях, создаваемых для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, а также по завершении обучения в образовательных учреждениях профессионального образования либо окончания прохождения военной службы по призыву, либо срока отбывания наказания в исправительных учреждениях.

В порядке, предусмотренном законом субъекта РФ, орган исполнительной власти субъекта РФ должен формировать список детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц из их числа, которым обязаны предоставить жилые помещения. В этот список включаются лица, названные в абз. 1 п. 1 ст. 8 Закона о дополнительных гарантиях (в ред. от 29 февраля 2012 г.), которым исполнилось 14 лет. Обеспечение указанных лиц жилыми помещениями служит основанием для исключения их из списка.

Проживание названных лиц в ранее занимаемых жилых помещениях в качестве нанимателей или членов их семей по договорам социального найма либо собственников жилых помещений признается невозможным, если это противоречит интересам таких лиц при наличии одного из следующих обстоятельств: 1) проживание на любом законном основании в таких жилых помещениях лиц: а) лишенных родительских прав в отношении этих детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из числа таких детей (если имеется вступившее в законную силу решение суда об отказе в принудительном обмене жилого помещения на основании ч. 3 ст. 72 ЖК РФ, б) страдающих тяжелой формой хронических заболеваний, при которой совместное проживание с ним в одном жилом помещении невозможно (п. 4 ч. 1 ст. 51 ЖК РФ); 2) непригодность жилых помещений для постоянного проживания или несоответствие их определенным для них санитарным и техническим правилам и нормам, иным требованиям законодательства РФ; 3) общая площадь жилого помещения, которая приходится на одно лицо, проживающее в нем, менее учетной нормы площади жилого помещения, в том числе в случае такого уменьшения при вселении в данное помещение указанных выше детей и лиц; 4) иное обстоятельство, установленное законодательством субъекта РФ.

Порядок установления факта невозможности проживания указанной категории лиц в ранее занимаемых жилых помещениях должен определяться законодательством субъекта РФ.

Срок действия договора найма специализированного жилого помещения, которое предоставляется названным лицам, составляет 5 лет. При установлении обстоятельств, которые свидетельствуют о необходимости оказания лицам, названным в п. 1 ст. 8 Закона о дополнительных гарантиях, содействия в преодолении трудной жизненной ситуации договор по решению органа исполнительной власти субъекта РФ может быть заключен на новый пятилетний срок, но не более чем один раз. Порядок установления этих обстоятельств устанавливается законодательством субъекта РФ.

По окончании срока действия договора найма специализированного жилого помещения либо при отсутствии обстоятельств, которые свидетельствовали бы о необходимости оказания лицам, о которых идет речь, содействия в преодолении трудной жизненной ситуации, орган исполнительной власти субъекта РФ, который управляет государственным жилищным фондом, должен принять решение об исключении жилого помещения из специализированного жилищного фонда и заключить с указанной категорией лиц договор социального найма такого жилого помещения в порядке, предусмотренном законодательством субъекта РФ.

Следует обратить внимание на то, что детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, лицам из их числа по договорам найма специализированных жилых помещений последние должны предоставляться в виде жилых домов, квартир, благоустроенных применительно к условиям соответствующего населенного пункта, по нормам предоставления площади жилого помещения по договору социального найма жилья. Это усиливает право на жилище названной категории лиц.

Повышает уровень защиты указанного права норма п. 9 ст. 8 Закона о дополнительных гарантиях о том, что право на предоставление жилых помещений по основаниям и в порядке, установленным названной статьей, должно сохраняться за лицами, относившимися к категории детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, а также лиц из их числа и достигших возраста 23 лет, до фактического обеспечения их жилыми помещениями.

Названной выше цели предназначены служить и дополнения, внесенные в ЖК РФ Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 15-ФЗ. Так, ч. 1 ст. 92 ЖК РФ дополнена п. 8 о включении жилых помещений для указанной категории лиц в число видов жилых помещений специализированного жилищного фонда. Согласно ч. 2 ст. 92 ЖК РФ в качестве таких помещений используются жилые помещения государственного и муниципального жилищных фондов и только после отнесения их к специализированному жилищному фонду в порядке, который установлен уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти. Включение жилых помещений в названный жилищный фонд с отнесением их к определенному виду специализированных жилых помещений, а также исключение жилых помещений из указанного фонда производится по решению органа, который управляет государственным или муниципальным жилищным фондом.

Названные помещения нельзя отчуждать, передавать в аренду, в наем, кроме передачи их по договорам найма, предусмотренным разд. 4 ЖК РФ, производить их обмен, передавать в поднаем (ч. 4 ст. 100 ЖК РФ).

Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 15-ФЗ гл. 9 ЖК РФ дополнена ст. 98¹, в которой говорится, что жилые помещения для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из их числа предназначены для проживания именно перечисленной категории лиц, т.е. закреплено правило о целевом назначении и использовании указанных жилых помещений.

Важной гарантией осуществления права на жилище названных лиц должно служить дополнение ст. 103 ЖК РФ новой ч. 5 о том, что они не могут быть выселены из специализированных жилых помещений без предоставления других благоустроенных жилых помещений, которые должны быть расположены в границах соответствующего населенного пункта.

Федеральным законом от 29 февраля 2012 г. № 15-ФЗ гл. 10 ЖК РФ дополнена ст. 109¹, согласно которой предоставление жилых помещений указанным выше лицам по договорам найма специализированных жилых помещений осуществляется в соответствии с законодательством РФ и законодательством ее субъектов.

В соответствии со ст. 104 Федерального закона от 29 февраля 2012 г. № 15-ФЗ новому порядку предоставления жилья указанным лицам придана обратная сила, он распространяется на правоотношения, которые возникли до дня вступления в силу названного закона в том случае, если лица, указанные в нем, не реализовали принадлежащее им право на получение жилых помещений до дня вступления его в действие.

В целях реализации предусмотренного указанным Законом порядка предоставления жилых помещений названным лицам субъекты РФ должны разработать и принять законы, иные нормативные правовые акты по вопросам их компетенции, а также конкретизирующие нормы федеральных законов, которые регламентируют отношения по обеспечению жильем детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц из их числа.

В связи с этим для оказания методической помощи органам исполнительной власти субъектов РФ Министерство образования и науки РФ разработало и направило для использования письмом от 8 октября 2012 г. № ИР-864/07 Рекомендации по организации работы по предоставлению жилых помещений детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, лицам из числа детей-сирот и детей, оставшимся без попечения родителей. В них субъектам РФ рекомендуется в законах, иных нормативных правовых актах, подлежащих принятию ими, определить: 1) порядок формирования специализированного жилищного фонда для названных выше лиц и списка лиц, подлежащих обеспечению жилыми помещениями; 2) перечень документов, которые должны представляться для включения в указанный список; 3) дополнительные обстоятельства, при которых признается невозможным проживание перечисленных лиц в ранее занимаемых ими жилых помещениях; 4) порядок установления невозможности проживания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лиц из их числа в названных помещениях; 5) перечень обстоятельств, которые свидетельствуют о необходимости оказания названным лицам содействия в преодолении трудной жизненной ситуации, и порядок выявления этих обстоятельств.

Некоторые субъекты РФ уже приняли отдельные законы и иные нормативные правовые акты, конкретизирующие и развивающие нормы федеральных законов о реализации права на жилище названной категории лиц.

Важно своевременно принять такие акты всеми субъектами РФ, осуществлять их на практике, контролировать их исполнение с целью реализации права на жилище указанных лиц.

А.В. Трапезникова,

К.Ю.Н.,

ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
Южно-Уральский государственный университет

Права, обязанности и ограничения полномочий участников договорных связей (на примере фигуры доверительного управляющего)

Осуществляя доверительное управление имуществом, доверительный управляющий вправе совершать в отношении этого имущества в соответствии с договором доверительного управления любые юридические и фактические действия в интересах выгодоприобретателя. Отметим, что действия доверительного управляющего не должны противоречить цели договора — защита прав наследников, отказополучателей и других заинтересованных лиц (п. 1 ст. 1171 ГК РФ).

При этом приобретенные в результате управления права включаются в состав имущества, а возникшие в результате этой деятельности обязанности исполняются за счет соответствующего имущества (п. 2 ст. 1020 ГК РФ).

Статьей 1012 ГК РФ (абз. 2 п. 2) предусмотрена возможность установления в договоре доверительного управления отдельных ограничений в отношении полномочий доверительного управляющего. Однако необходимо иметь в виду, что добросовестно действующий доверительный управляющий с учетом характера имущества, переданного в управление, и иных факторов (в том числе курса валют, состояния определенных рынков, общей экономической ситуации и т.п.) определяет, какие меры необходимо и достаточно предпринять для сохранения переданного в доверительное управление имущества или сохранения его стоимости.

От ограничений действий доверительного управляющего следует отличать пределы его полномочий. Так, в интересах наследников нотариус должен очертить в договоре пределы полномочий доверительного управляющего. По общему правилу доверительный управляющий не вправе распоряжаться переданным в доверительное управление имуществом. Соответствующие исключения могут быть предусмотрены договором доверительного управления наследственным имуществом с учетом конкретного имущества, передаваемого в доверительное управление, т.е. в целях сохранения наследственного имущества договором может быть введен прямой запрет на совершение доверительным управляющим любых сделок по отчуждению переданного ему объекта доверительного управления (наследства) или сделок, влекущих уменьшение его стоимости. Указанное предложение применимо не во всех случаях. Так, в случае заключения договора доверительного управления предприятием как единым имущественным комплексом одним из основных при-

знаков предприятия, рассматриваемого в этом качестве, является его непрерывное фактическое использование для осуществления предпринимательской деятельности в силу п. 1 ст. 132 ГК РФ. Установление здесь указанного запрета парализует активное участие предприятия (как объекта гражданских прав) в предпринимательской сфере, реализации его продукции.

Также в случае, когда объектом доверительного управления являются, например, овощи на складе, которые необходимо реализовать, иначе наследственное имущество будет утрачено.

Таким образом, резюмируем, что с учетом вида имущества, экономических условий и иных причин, заслуживающих внимания, в некоторых случаях доверительному управляющему могут быть предоставлены полномочия на отчуждение объекта доверительного управления наследственным имуществом.

Итак, доверительный управляющий, осуществляя полномочия собственника наследственного имущества, переданного ему в доверительное управление, вправе совершать по своему усмотрению те или иные юридические действия в отношении этого имущества, но обязательно в целях обеспечения его сохранности или сохранения стоимости.

Доля в уставном капитале общества как один из видов имущества содержит в себе комплекс прав и обязанностей лица, которому принадлежит такая доля. В их числе не только имущественные права (принятие участия в распределении прибыли, продажа или осуществление отчуждения иным образом своей доли в уставном капитале общества, получение в случае ликвидации общества части имущества, оставшегося после расчетов с кредиторами, или его стоимости), но и корпоративные права и обязанности, вытекающие из статуса участника общества (участие в управлении делами общества, включая присутствие на общем собрании участников общества, обсуждение вопросов повестки дня собрания, голосование при принятии решений; реализация права преимущественной покупки доли другого участника общества или отказ от реализации данного права; дача согласия на переход доли или части доли в уставном капитале общества к третьим лицам; получение информации о деятельности общества и право ознакомления с его бухгалтерскими книгами и иной документацией).

Вытекающие из права на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью имущественные и корпоративные права участника общества с ограниченной ответственностью неразрывно связаны друг с другом и реализуются в совокупности. Представляется, что формальное отделение имущественных прав участника общества с ограниченной ответственностью от его корпоративных прав нарушает целостность указанного самостоятельного объекта гражданских прав.

Таким образом, при передаче в доверительное управление доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью доверительный управляющий может быть наделен на период доверительного управления наряду с имущественными правами также и корпоративными правами участника общества с ограниченной ответственностью, что в полной мере соответствует главной цели доверительного управления — защите прав выгодоприобретателей.

Защиту прав наследников затрагивает вопрос об ответственности доверительного управляющего за нарушение им обязательств, предусмотренных договором доверительного управления наследственным имуществом. Закон предусматривает

ограниченную ответственность доверительного управляющего, обязуя его в случае нарушения обязательств по договору возместить выгодоприобретателю только упущенную выгоду (но не реальный ущерб), а учредителю управления — убытки, причиненные утратой или повреждением имущества, с учетом его естественного износа, а также упущенную выгоду (п. 1 ст. 1022 ГК РФ). Таким образом, по договору доверительного управления наследством в случае неоявления доверительным управляющим должной заботливости об интересах выгодоприобретателей убытки должны возмещаться им в пользу наследников, а не учредителя управления (нотариуса). Ведь нотариус — не собственник имущества. Лично он не несет никаких убытков от утраты или повреждения наследственного имущества и не получает выгоду от его использования. Основной целью деятельности учредителя по договору управления наследством является защита третьих лиц (наследников), нотариус может только взыскать убытки в пользу наследников¹.

О.М. Чернова,
помощник судьи, Арбитражный суд Республики Марий Эл

Последствия признания торгов недействительными

В современном гражданском обороте широко используются торги как способ заключения договора. Их популярность обусловлена возможностью выбрать наиболее подходящего контрагента, предлагающего оптимальные условия сделки, благодаря состязательной природе торгов. Вместе с тем недостаточное правовое регулирование данного института негативно сказывается на правоприменительной практике, порождая значительное число судебных дел об оспаривании результатов торгов.

Принципиально важным является вопрос о последствиях признания торгов недействительными. Исходя из позиции ВАС РФ², предъявление требования о признании торгов недействительными означает также предъявление требования о недействительности сделки, заключенной по результатам торгов, и применении последствий ее недействительности. Авторы проекта о внесении изменений в ГК РФ предлагают дополнить п. 2 ст. 449 указанием на то, что признание торгов недействительными влечет кроме недействительности договора, заключенного с лицом, выигравшим торги, также применение последствий, предусмотренных ст. 167 ГК РФ³.

Однако такой подход, предполагающий, что признание торгов недействительными автоматически, без предъявления соответствующих требований, влечет не-

¹ К вопросу о доверительном управлении наследственным имуществом. 26 февраля 2008 г. В.Г. Шабунина, председатель Методического совета Нотариальной палаты Красноярского края, нотариус Красноярского нотариального округа; В.В. Поплавская, консультант Нотариальной палаты Красноярского края // Официальный сайт ФНП. Архив.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 15 июля 2010 г. № 2814/10 по делу № А56-7912/2008 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

действительность заключенного на торгах договора и применение последствий недействительности указанной сделки, представляется ошибочным по ряду причин.

Так, выход судом за рамки заявленных истцом требований и принятие решения по вопросам, не сформулированным в резолютивной части иска, противоречит процессуальному законодательству. Положения ст. 196 ГПК РФ «Вопросы, разрешаемые при принятии решения суда» и ст. 168 АПК РФ «Вопросы, разрешаемые при принятии решения» не содержат указания на обязанность суда разрешать иные требования, помимо заявленных (ч. 3 ст. 196 ГПК РФ о возможности выхода суда за пределы заявленных требований по своей природе диспозитивна и носит отсылочный характер).

Кроме того, анализ положений сформулированной в законопроекте о внесении изменений в ГК РФ ст. 431¹ позволяет заключить, что следует считать обязательным предъявление в суд иска о признании договора недействительным. Тем самым предлагается ввести специальную норму о необходимости наличия судебного решения для констатации как ничтожности, так и оспоримости договора.

Применительно к торгам следует отметить, что указание в ГК РФ на необходимость предъявления самостоятельного требования о признании ничтожным заключенного по итогам торгов договора будет способствовать защите интересов третьих лиц, например, лица, имеющего намерение купить вещь у победителя торгов. Указанное лицо не может и не должно знать о нарушениях, допущенных организатором или участниками при проведении торгов, и может быть не осведомлено о том, что данные торги признаны недействительными. В то же время при наличии судебного спора о признании недействительным заключенного на торгах договора такое лицо вправе участвовать в деле в качестве третьего лица, поскольку судебный акт по спору может повлиять на его права и обязанности по отношению к лицу, выигравшему торги.

Таким образом, представляется целесообразным закрепить в ст. 449 ГК РФ прямое указание на то, что договор, заключенный на торгах, признается недействительным исключительно на основании судебного решения.

К сожалению, ГК РФ не упоминает иных, помимо недействительности договора, последствий признания торгов недействительными. В то же время представляется, что результатом рассмотрения иска как требования о защите нарушенного права должно быть решение суда о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права. Правоприменительная практика трактует упоминаемый в п. 1 ст. 449 ГК РФ критерий заинтересованности, исходя из которого подлежит определению круг лиц, которые вправе оспорить торги не только как нарушение субъективного гражданского права (законного интереса) лица, обращающегося в суд, но и как возможность их фактического восстановления.

Истцы по делам об оспаривании результатов торгов ссылаются на допущенные при организации и проведении торгов нарушения законодательства, отрицательно сказавшиеся на их правах или интересах. При этом подразумевается, что если бы торги были проведены с соблюдением нормативных правовых актов, то негативных последствий для указанных лиц не возникло бы. Таким образом, по нашему мнению, восстановление нарушенных прав истца по делам об оспаривании результатов торгов предполагает проведение повторных торгов в случае признания первоначальных торгов недействительными решением суда. Поэтому следует за-

крепить в ГК РФ общее правило том, что последствием признания торгов, проведение которых в установленных законом случаях является обязательным, недействительными должно стать проведение повторных торгов.

ГК РФ не содержит применимых ко всем видам торгов норм об особенностях повторного их проведения. Иные нормативные правовые акты, регулирующие отдельные виды торгов, упоминают повторные торги лишь как следствие признания первых торгов несостоявшимися (ст. 350 ГК РФ, ст. 28, 38¹ ЗК РФ, ст. 46³ ГрК РФ, ст. 37¹, 40 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», ст. 18¹ Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», ст. 62¹, 58 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», ст. 12 Федерального закона «О кредитных историях», ст. 13 Федерального закона «О ломбардах», ст. 28³ Закона РФ «О залоге»).

Вместе с тем, по нашему мнению, институт повторных торгов может использоваться и в качестве последствия признания недействительными первоначальных торгов.

Следует отметить, что проведение повторных торгов в отношении того же предмета возможно в случаях, когда заключенный на торгах, признанных судом недействительными, договор еще не начал исполняться сторонами, либо когда договор полностью исполнен, однако возврат полученного контрагентами по нему фактически возможен (имеются в виду случаи, когда предметом договора выступает индивидуально определенная вещь, и на момент принятия судом решения она находится в собственности стороны по договору, т.е. не отчуждена третьему лицу).

Вопрос о правовой оценке торгов, проведенных с нарушением законодательства, в случае невозможности приведения сторон в первоначальное положение является чрезвычайно актуальным для правоприменительной практики. Исходя из позиций высших судебных инстанций (Конституционного Суда РФ¹ и ВАС РФ²) невозможность применения реституции в отношении сторон полностью исполненного договора, который был заключен на торгах, фактически означает невозможность восстановления нарушенных прав лица, оспаривающего торги и заключенный на них договор, что влечет отказ в удовлетворении указанного иска. Данная точка зрения воспринята и нижестоящими судами³.

Тем самым при невозможности возврата полученного по заключенному на торгах договору (если его предметом являлись вещи, определяемые родовыми призна-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. № 739-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «Строительное управление-881» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 449 Гражданского кодекса Российской Федерации и частью 5 статьи 10 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»» // СПС «КонсультантПлюс».

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с признанием недействительными публичных торгов, проводимых в рамках исполнительного производства», п. 1 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Рекомендации Научно-консультативного совета при ФАС Волго-Вятского округа «О практике применения гражданского законодательства» по итогам работы заседания Совета 8 июня 2012 г., проведенного на базе Арбитражного суда Республики Марий Эл, п. 23 // <http://fasvvo.arbitr.ru/files/pdf/НКС%2006.2012.pdf>; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 7 февраля 2011 г. по делу № А79-1550/2010 // СПС «КонсультантПлюс»; решение Арбитражного суда Республики Марий Эл от 24 декабря 2009 г. по делу № А38-6012/2009 // Архив Арбитражного суда Республики Марий Эл.

ками, выполнение работ, оказание услуг либо если право собственности на индивидуально-определенную вещь уже передано третьему лицу, не являющемуся стороной сделки) торги не подлежат признанию недействительными, несмотря на то, что при их организации и проведении были нарушены нормативные правовые акты.

Принципиально важным при этом видится недопустимость формального подхода при мотивировке судебного решения об отказе в удовлетворении требований о признании недействительными результатов торгов, выражающегося лишь в констатации факта исполнения сторонами заключенного на оспариваемых торгах договора. По нашему мнению, такое решение должно содержать обязательное подробное описание и квалификацию допущенных при организации и проведении торгов нарушений.

Однако если иск об оспаривании торгов не приведет к восстановлению нарушенных прав, то надлежащим способом защиты может стать требование о взыскании убытков с организатора торгов или иного лица, по вине которого были допущены нарушения. При этом предъявление отдельного иска о признании торгов недействительными не требуется. Факт наличия и характер допущенных при проведении торгов нарушений подлежат установлению и исследованию судом в рамках дела о взыскании убытков.

Если заключенный на торгах договор частично исполнен, защита заинтересованного лица осуществляется путем предъявления иска о прекращении действия такого договора на будущее время.

Таким образом, если имущественные права и законные интересы лица, оспаривающего результат торгов, не могут быть восстановлены в связи с невозможностью приведения сторон заключенного на торгах договора в первоначальное положение, такой иск не подлежит удовлетворению.

Видится необходимость в законодательном закреплении правила об обязательности проведения повторных торгов в случае, если первоначальные торги, проведение которых предписано императивной нормой закона, признаны недействительными.

ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

Н.В. Архиереев,
соискатель Института права,
Башкирский государственный университет

Право на защиту деловой репутации как особое субъективное право

Защита субъективных гражданских прав понимается комплексно. Во-первых, как совокупность мер, обеспечивающих неприкосновенность определенных благ их обладателю и реализацию им своих прав на эти блага. Во-вторых, как охранительное воздействие норм, имеющее целью восстановить право, компенсировать

нарушенный интерес, пресечь противоправные действия, препятствующие осуществлению права или обеспечению правопорядка. Сюда включаются меры не только правового, но и экономического, политического и иного характера, направление на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав. Данная широкая трактовка защиты гражданских прав предполагает анализ сущности права на защиту.

В отношении определения сущности права на защиту высказываются различные точки зрения, анализ которых позволяет говорить о превалирующих двух позициях по данному вопросу.

Сторонники одной позиции полагают, что право на защиту — это правомочие, входящее в содержание всякого субъективного гражданского права. Например, О.С. Иоффе полагал, что право на защиту нельзя считать самостоятельным, поскольку оно возникает из других прав, дополняя их. Так как для каждого права существенно охранение его общественной властью, и если законодательство не дает сохранения права, то и существование самого права очень сомнительно¹.

В.В. Грибанов также высказывает мнение о том, что право на защиту — это одно из правомочий субъективного гражданского права². Этой же точки зрения придерживается и В.В. Килинкар, подчеркивая при этом, что само право на защиту не может существовать абсолютно независимо от прав, на защиту которых оно направлено³.

Возражая против указанных точек зрения, ряд авторов высказали иную позицию, согласно которой право на защиту не входит в содержание субъективного права, а является самостоятельным субъективным правом⁴.

Существует и третья, так называемая нейтральная позиция, которая рассматривает право на защиту и как правомочие субъективного права, и как самостоятельное право. Сторонник данной позиции Н.И. Матузов отмечает, что возможность защиты нарушенного права можно отмечать и как часть субъективного права, и как самостоятельное право⁵. Этой же позиции придерживается и Н.Ю. Никуличева, которая считает, что возможность защиты нарушенного права органически присуща всякому субъективному праву, однако это обстоятельство не указывает на недопустимость ее самостоятельного рассмотрения⁶.

С нашей точки зрения, выделение субъективного права на защиту как самостоятельного права является вполне обоснованным.

Во-первых, в содержании субъективного гражданского права уже выделены два правомочия: на собственные действия и право требования к обязанному лицу, и нет необходимости выделять третье правомочие — на защиту, так как оно охва-

¹ См.: *Иоффе О.С.* Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 89.

² См.: *Грибанов В.П.* Предприятие и фирменное наименование // *Хозяйство и право.* 2000. № 11. С. 3.

³ См.: *Килинкар В.В.* Право на деловую репутацию субъектов предпринимательской деятельности: дис. ... к.ю.н. СПб., 2011. С. 140.

⁴ См.: *Анисимов А.Л.* Гражданско-правовая защита чести, достоинства и деловой репутации по законодательству РФ. М., 2001. С. 118; *Власова А.В.* Структура субъективного гражданского права. Ярославль, 1998. С. 26; *Крашенинников Е.А.* К вопросу о структуре субъективного права // *Актуальные философские проблемы современной науки и техники.* Ярославль, 1986. С. 27 и др.

⁵ См.: *Матузов Н.И.* Субъективные права граждан СССР. Саратов, 1966. С. 33.

⁶ См.: *Никуличева Н.Б.* Право юридических лиц на деловую репутацию и его гражданско-правовая защита. Новосибирск, 2005. С. 120.

тывается правомочием на собственные действия. Соответственно право на защиту представляет собой действие управомоченного лица. Во-вторых, признание права на защиту правомочием всякого субъективного права приводит к определенным выводам о том, что возможность защиты субъективного права возникает одновременно с ним и из одного основания и что началом течения исковой давности следует признать момент возникновения субъективного права и т.д.¹

Так, в ст. 2 ГК РФ установлено, что имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, гражданское законодательство регулирует (п. 1), а «неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага защищаются гражданским законодательством, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ» (п. 2). Разграничение функций гражданского законодательства на регулятивные и охранительные позволяет нам говорить о том, что и право на защиту следует рассматривать в качестве самостоятельного гражданского права, реализуемого не в рамках существующего регулятивного правоотношения, а в рамках охранительного правоотношения, которое появляется у правообладателя только в момент совершения правонарушения.

При этом вызывает сомнение мнение Л.В. Смолиной, которая проводит разграничение между понятиями «защита права» и «право на защиту», считая, что защита права, несмотря на тесную взаимосвязь с правом на защиту, понятие более широкое и возникает тогда, когда формируется само право, которое необходимо защитить, если оно нарушено, или с момента его нарушения². Представляется, что право на защиту не может быть реализовано, если субъективное право не нарушено. Но с момента правонарушения, включается юридический механизм по защите нарушенного права, функции которого и реализуются посредством субъективного права на защиту.

Анализ действующего законодательства свидетельствует, что право на защиту, как и любое субъективное гражданское право, включает в себя два правомочия — правомочие на собственные действия и правомочие требования к обязанному лицу.

К правомочиям на собственные действия можно отнести правомочие использовать дозволенные законом средства собственного принудительного воздействия на правонарушителя, защищать принадлежащее ему право собственными действиями фактического порядка (самозащита гражданских прав), а также применение непосредственно самим управомоченным лицом юридических мер оперативного воздействия на правонарушителя.

К правомочиям требования относятся требование о взыскании причиненных правонарушением убытков, требование о компенсации морального вреда и т.д.

Таким образом, рассматривая сущность права на защиту применительно к деловой репутации, мы также можем утверждать, что это самостоятельное право, которое не входит в содержание субъективного права на деловую репутацию, а является самостоятельным субъективным правом, осуществляемого в рамках охранительного правоотношения. Соответственно, вызывает сомнение точка зрения,

¹ См.: Дьяченко Е.М. Защита деловой репутации юридического лица: автореф. дис. ... к.ю.н. Краснодар, 2005. С. 9.

² См.: Смолина Л.В. Защита деловой репутации организации. М., 2010. С. 58.

согласно которой в содержание данного права на деловую репутацию можно включить право на защиту¹.

Таким образом, мы выделяем право на деловую репутацию как самостоятельное субъективное право, которое можно рассматривать как право на формирование и реализацию своей деловой репутации по своему усмотрению, право требовать от окружающих воздерживаться совершения действий, создающих угрозу негативного воздействия на деловую репутацию или же действий, в результате которых происходит воздействие на нее без предварительного разрешения обладателя деловой репутации.

Кроме того, мы выделяем право на защиту деловой репутации. Поскольку защита субъективных гражданских прав осуществляется в предусмотренном законом порядке путем применения соответствующих форм и способов защиты, то само право на защиту деловой репутации понимается как комплекс правомочий по применению установленных законодательством форм защиты (внеюрисдикционная и юрисдикционная), а также предусмотренных законом общих и специальных способов защиты деловой репутации (восстановление положения, существовавшего до нарушения, пресечение действий, нарушающих права и создающих угрозу нарушения, компенсация морального вреда, опровержение и опубликование ответа в средствах массовой информации и т.п.).

Е.В. Гаврилов,

гл. специалист юридического отдела
Министерства образования и науки Красноярского края

Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича о компенсации морального вреда

Г.Ф. Шершеневич — классик отечественной цивилистики. В настоящее время в науке российского гражданского права его авторитет непоколебим. Однако современники проф. Г.Ф. Шершеневича имели неоднозначное мнение о его научных воззрениях. Так, если И.А. Баранов восхвалял работы Г.Ф. Шершеневича, то А.Г. писал: «...Шершеневич сводит свою работу к простому перечню исследований и в большинстве случайными собственными замечаниями»².

Действительно, в научных трудах проф. Г.Ф. Шершеневича не всегда явно видна авторская позиция по тому или иному вопросу отечественного права. Порой постигнуть научные воззрения Г.Ф. Шершеневича возможно лишь в процессе критических замечаний корифея. Изучая то, как Г.Ф. Шершеневич на страницах своих произведений критикует мнения одних ученых либо соглашается с правовыми позициями других ученых, в сознании пытливого читателя складывается общее впечатление о научных воззрениях самого проф. Г.Ф. Шершеневича.

Однако по некоторым правовым вопросам мнение Г.Ф. Шершеневича выражено весьма отчетливо. В частности, это касается вопроса о компенсации морального вреда.

¹ См.: Килинкар В.В. Указ. соч. С. 29.

² Цит. по: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 24.

Для начала отметим, что в своих научных исследованиях проф. Г.Ф. Шершеневич уделял личным неимущественным отношениям далеко не первостепенное значение. Вообще, Г.Ф. Шершеневич в качестве одного из ключевых признаков гражданского права считал его имущественный характер¹. Что касается личных отношений, то их он ассоциировал с семейными отношениями, при этом отмечал, что право «имеет дело только с действиями, но не с чувствами»².

Неудивительно, что в силу такого подхода мы обнаруживаем отрицательную позицию Г.Ф. Шершеневича относительно компенсации морального вреда. В настоящей статье приведем три тезиса профессора Г.Ф. Шершеневича против компенсации морального вреда («вознаграждения за нравственный вред»), подвергнем их справедливой критике.

1. «Нужно проникнуться глубоким презрением к личности человека, чтобы внушать ему, что деньги способны дать удовлетворение всяким нравственным страданиям. Переложение морального вреда на деньги есть результат буржуазного духа, который оценивает все на деньги, который считает все продажным»³.

Из указанного тезиса следует, что Г.Ф. Шершеневич отрицает компенсацию морального вреда в связи с ее буржуазностью, привязанностью к деньгам, которые не способны «дать удовлетворение всяким нравственным страданиям».

Действительно, сами по себе деньги не способны полностью устранить нравственные страдания. Нравственные страдания не подлежат какой-либо денежной оценке, их в отличие от убытков невозможно возместить. Однако их можно компенсировать. Компенсация морального вреда направлена на «утешение», «заглаживание» морального вреда. Учитывая то, что деньги — это товар, играющий роль всеобщего эквивалента при обмене, денежная компенсация морального вреда вполне оправданна. О буржуазности, «продажности» морального вреда при таком раскладе говорить не приходится.

2. «Нравственный вред, не вознаградимый по объективному масштабу, не подлежит возмещению в порядке гражданского обязательства... Вознаграждение деньгами за неимущественный, т.е. не подлежащий денежной оценки, вред содержит внутреннее противоречие... Вознаграждение за нравственный вред имеет... характер не возмещения, а наказания. Но такое наказание стоит в противоречии с основной идеей карательной системы, — наказание производится во имя общества, а не в удовлетворении чувства мести частного лица, при этом обогащающегося из наказания. Вознаграждение за нравственный вред, приучая граждан к мысли о денежной оценке нравственных страданий, имеет само безнравственное действие»⁴.

Таким образом, Г.Ф. Шершеневич считал, что нравственный (неимущественный) вред не подлежит денежной оценке. При этом отсутствует признак объективности. «Вознаграждение за нравственный вред» выполняет функцию наказания в интересах частного лица. Само по себе указанное «вознаграждение» — безнравственно.

Г.Ф. Шершеневич прав в том, что «вознаграждение за нравственный вред» не имеет характера возмещения. Однако категория «возмещение» — не тождественна категории «компенсация». В российском праве термин «возмещение» в отличие

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 27.

² Там же. С. 234.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 3. М., 1912. С. 683.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 204—205.

от термина «компенсация» используется в основном тогда, когда размер нарушенного права может быть точно исчислен, что применительно к реализации исследуемого способа защиты является довольно затруднительным. Поэтому необходимо говорить не о возмещении морального вреда, а о его компенсации. К слову, Г.Ф. Шершеневич не учитывает этот нюанс. Корифеей отечественной цивилистики переносит акцент на карательную функцию «вознаграждения за нравственный вред». Действительно, такая функция имеет место в случае компенсации морального вреда. Однако она является второстепенной по отношению к основной функции компенсации морального вреда — компенсаторной («утешительной»). Карательная функция обусловлена тем, что по отношению к причинителю вреда компенсация морального вреда рассматривается в качестве меры ответственности. Однако по отношению к потерпевшему компенсация морального вреда — способ защиты нарушенного блага или права. Основополагающая цель компенсации морального вреда заключается не в том, чтобы наказать причинителя вреда, выполняя «штрафную», «карательную», «показательную» функцию, а в том, чтобы компенсировать потерпевшему фактические вредные последствия нарушения. В связи со спецификой морального вреда, его субъективизмом, определение денежной компенсации морального вреда на основании объективных критериев фактически невозможно. Именно поэтому действующее гражданское законодательство использует субъективные (оценочные) критерии при определении размера морального вреда (степень вины нарушителя, степень физических и нравственных страданий, разумность и справедливость и проч.). Ничего безнравственного здесь нет.

3. «Личное оскорбление не допускает никакой имущественной оценки, потому что оно причиняет нравственный, а не имущественный вред, если только оно не отражается косвенно на материальных интересах, например на кредите оскорбленного (ст. 670)... Разве какой-нибудь порядочный человек позволит себе воспользоваться ст. 670 для того, чтобы ценой собственного достоинства получить мнимое возмещение?.. Отмена такого закона была бы крупным шагом вперед»¹.

В данном тезисе профессор Г.Ф. Шершеневич еще раз аргументирует несостоятельность компенсации морального вреда со ссылкой на «мнимость» и безнравственность такого вреда в случаях умаления чести и достоинства; призывает не допускать на уровне закона подобную меру ответственности².

К слову, при жизни классика компенсации морального вреда на уровне гражданского законодательства не было. Однако идеи на этот счет уже высказывались в литературе, предлагалось закрепление соответствующих норм в законе. Современники Г.Ф. Шершеневича, в частности С.А. Беляцкий, И.А. Покровский, весьма аргументированно высказывались за введение такого способа защиты в отечественное гражданское право³. Заметим, что российский законодатель признал правильность позиции сторонников компенсации морального вреда, проигнорировав доводы Г.Ф. Шершеневича о недопустимости «вознаграждения за нравственный вред». Впервые в отечественном праве нормы о «возмещении» морального вреда

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 225.

² Очевидно, что Г.Ф. Шершеневич в «вознаграждении за нравственный вред» видел именно меру ответственности, а не способ защиты.

³ См., например: Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 2005; Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 5-е изд., стереот. М., 2009. С. 138–143.

появились в Законе СССР от 12 июня 1990 г. «О печати и других средствах массовой информации», а затем «перекочевали» в кодифицированные акты, а также в некоторые другие источники гражданского законодательства.

Несмотря на это, до сих пор встречаются мнения отдельных авторов, которые вслед за Г.Ф. Шершеневичем сомневаются в целесообразности введения института компенсации морального вреда в России¹.

Таким образом, нами были показаны научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича о компенсации морального вреда. Позиция классика по этому вопросу категорична — он отрицал «вознаграждение за нравственный вред». Думается, в современных условиях развития российского права, идей о гражданском обществе и правовом государстве, учитывая международный и зарубежный опыт, данное мнение является неверным, однако оно имеет право на существование. Ведь именно в сопоставлении разных правовых позиций, анализе аргументов в обоснование того или иного мнения, в Праве рождается Истина.

С.Ю. Горбунов,

аспирант,

юрист УГОО «Общество защиты жилищных прав потребителей»

Новеллы правового регулирования защиты прав потребителей в сфере страховых правоотношений

Закон РФ «О защите прав потребителей», несмотря на свою «молодость» в разрезе истории гражданского права государства в целом, является все же одной из основ цивилистической мысли новой России. И если по большому счету в первые годы своего существования и общественные отношения, и само понимание рынка были довольно абстрактной категорией, то к концу 2000-х годов Россия пришла с четким осознанием того, какие именно общественные отношения можно отнести к компетенции обозначенного закона, каков порядок привлечения к ответственности игроков «нечестных на руку».

В нашей стране образца 2010–2013 гг. сформировалось сильное, с огромным запросом на качество предоставляемых товаров, работ и услуг потребительское общество. Рынок потребления настолько разросся, так глубоко проник в сферу информационных технологий, что перед законодателем встают абсолютно новые задачи — задачи, разрешение которых станет полноценным ответом вызовам времени.

В сфере защиты прав потребителей существует сложившаяся практика, и если возникают вопросы дискуссионного характера, требующие разрешения посредством состязательности мнений, — это зачастую вопросы, отнесенные к компетенции узкоспециализированных нормативных актов. И касаются они чаще всего межотраслевого взаимодействия.

¹ См., например: *Ермолова О.Н.* Нематериальные блага и их защита: автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 1998. С. 8–9; интернет-интервью с Е.А. Сухановым «Перспективы развития гражданского законодательства в России: планы и современные реалии» // <http://www.consultant.ru/law/interview/sukhanov.html>

Так, отточенной многими годами сферой считалась практика применения Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств». Изменения, произошедшие в 2012 г., коснулись ответственности страховых компаний перед страхователями, если раньше сроки и размеры неустоек устанавливались по общим правилам гражданского судопроизводства, а зачастую и в качестве основы отсчета сроков судами применялся принцип «разумности», то с июня 2012 г. дела обстоят несколько иначе.

Переменам все юридическое сообщество обязано постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» (далее – Постановление). Преамбула Постановления звучит следующим образом: «Повышение гарантий и эффективности средств защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов участников гражданских правоотношений при соблюдении требований закона является задачей гражданского судопроизводства.

Руководствуясь статьей 126 Конституции РФ, статьями 9, 14 Федерального конституционного закона от 7 февраля 2011 г. «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации», в целях обеспечения единства практики применения судами законодательства, регулирующего отношения в области защиты прав потребителей, а также учитывая возникающие у судов при рассмотрении данной категории дел вопросы, Пленум Верховного Суда Российской Федерации постановляет дать судам следующие разъяснения...».

Постановление разрешает применять к страховым делам Закон о защите прав потребителей в его общей части. Таким образом, у истцов и их представителей появились не то чтобы совсем новые, но хорошо подзабытые возможности. Дело в том, что, по сути, Верховный Суд РФ исправил свое действие четырехлетней давности, когда вывел страхование из-под сферы регулирования Закона о защите прав потребителей. Разберемся подробнее в преимуществах нового положения.

С выходом Постановления, несомненно, усиливаются позиции истцов, и если ранее страховые компании зачастую не делали упора на подробное информирование и разъяснение страхователю условий договора и особенностей этого вида страхования, то теперь это чревато серьезными для них последствиями.

Самым же серьезным, по нашему мнению, изменением стала возможность применять п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей. Именно здесь предусмотрена ответственность за нарушение прав потребителя. Законодатель предусмотрел возможность взыскать с нарушителя 50% от взысканной суммы в пользу потребителя, право которого было нарушено. При удовлетворении судом требований потребителя в связи с нарушением его прав, установленных Законом о защите прав потребителей, которые не были удовлетворены в добровольном порядке изготовителем (исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером), суд взыскивает с ответчика в пользу потребителя штраф независимо от того, заявлялось ли такое требование суду (п. 6 ст. 13 Закона).

При удовлетворении судом требований, заявленных общественными объединениями потребителей (их ассоциациями, союзами) или органами местного самоуправления в защиту прав и законных интересов конкретного потребителя, 50% определенной судом суммы штрафа взыскивается в пользу указанных объединений или органов независимо от того, заявлялось ли ими такое требование.

Так, если цена иска составила, скажем, 500 тыс. руб. и судом требования истцов признаны законными, помимо указанных 500 тыс. руб. суд взыщет 250 тыс. руб. в качестве штрафа, а это довольно существенно.

Кроме того, к страховым делам теперь должен применяться п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей, где идет речь об альтернативной подсудности. Отныне иск против компании можно подавать не только в суд по месту ее пребывания, но также в суд по месту своего жительства. Это очень важное нововведение, поскольку намного предпочтительнее для истцов судиться со страховщиком на «нейтральной» территории, а тем более в тех судах, где количество дел по страхованию существенно меньше, нежели по месту нахождения страховой компании.

И если в начале прошлого века Г.Ф. Шершеневич писал: «Государство проявляет свою волю в нормах, которые оно соблюдает, пока они не заменены новыми», то сегодня мы можем наблюдать, как нормы обновляются, а вместе с ними через обновление проходят и общественные отношения.

Новеллы на этом не заканчиваются. В числе прочих мы можем наблюдать перемену, позволяющую истцу требовать удовлетворения морального вреда. Для России — страны, в которой очереди и конфликты с должностными лицами далеко не редкость, — это хороший шаг к демократизации закона. Несмотря на то, что в большинстве случаев размер удовлетворяемых судом требований о возмещении морального вреда колеблется от 1000 руб. до 10 тыс. руб., это все же положительный момент в борьбе с правовым нигилизмом.

Говоря о применении норм Закона о защите прав потребителей к делам о страховании, нельзя не отметить и возможность подачи исковых заявлений без уплаты государственной пошлины, размеры которой зачастую были довольно существенны. В целом же наблюдая положительную динамику, юридическое сообщество понимает, что сегодня проходит своеобразное тестирование Закона о защите прав потребителей и, вполне вероятно, результатом такого тестирования станет принятие нового специального нормативного акта.

Д.Н. Кархалев,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права,
Башкирский государственный университет

Компенсация морального вреда

Компенсация морального вреда как способ защиты гражданских прав реализуется в охранительном правоотношении. Оно направлено на обеспечение защиты личных неимущественных прав. Подобно деликтному правоотношению, анализируемая правовая связь возникает при нарушении абсолютных прав (личных неимущественных), т.е. носит ретроспективный характер.

По своей юридической природе данная правовая связь является обязательственной, относительной, односторонней, активного типа. Правовое регулирование осуществляется с помощью охранительных норм ст. 151 и ст. 1099–1101 ГК РФ и др. В рамках данного правоотношения реализуется мера ответственности — компенсация морального вреда.

Моральный вред — это нравственные или физические страдания, причиненные действиями, посягающими на личные неимущественные права (право на имя, право авторства и др.) либо на принадлежащие гражданину нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация и т.п.).

Моральный вред подлежит компенсации также при нарушении имущественных прав граждан в случаях, предусмотренных в законе (например, по Закону РФ «О защите прав потребителей»). Вред компенсируется в денежной форме, размер которой зависит от характера причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий, степени вины нарушителя, а также учитываются требования разумности и справедливости (ст. 1101 ГК РФ).

Данная санкция применяется при наличии вреда, вины, противоправного поведения и причинной связи, поэтому следует признать ее мерой ответственности. Но в ряде случаев моральный вред компенсируется независимо от вины (ст. 1100 ГК РФ), например, когда вред причинен жизни или здоровью гражданина источником повышенной опасности.

Размер компенсации морального вреда определяется судом в зависимости от объема и степени причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий. Вред должен быть доказан, и окончательная сумма в денежном выражении, подлежащая компенсации, должна быть определена исходя из этого, а не браться с «потолка».

Данная мера ответственности носит внедоговорный характер. Моральный вред лишен экономического содержания из-за тех неимущественных объектов, при посягательстве на которые он возникает, а также из-за невозможности полного его возмещения. Существует мнение, что любое правонарушение причиняет моральный вред, поэтому моральный вред должен компенсироваться во всех случаях, а имущественный (убытки) — когда фактически причиняется правонарушением, с чем следует согласиться. При этом возникает обязательство по компенсации морального вреда.

Обязательство по компенсации морального вреда представляет собой объективную правовую связь, возникающую в случае причинения морального вреда между одним лицом (кредитором-гражданином), имеющим право требовать компенсации вреда, и другим лицом (должником), которое обязано компенсировать вред в полном объеме.

Субъектами анализируемой правовой связи является должник и кредитор. Должниками могут быть любые субъекты гражданского права. Напротив, кредитором является только гражданин. Может ли быть причинен моральный вред юридическому лицу или публично-правовому образованию?

Позиция Верховного Суда РФ, изложенная в постановлении от 20 декабря 1994 г. № 10 «О некоторых вопросах применения законодательства о компенсации морального вреда», сводится к положительному ответу на поставленный вопрос. Конституционный Суд РФ в Определении от 4 декабря 2003 г. № 508-О указал также на возможность возмещения юридическим лицам нематериального вреда.

Однако из практики арбитражных судов виден противоположный подход. «Поскольку юридическое лицо не может испытывать физических и нравственных страданий, ему невозможно причинить моральный вред. Поэтому, исходя из смысла ст. 151–152 ГК РФ, право на компенсацию морального вреда предоставлено только физическому лицу».

Представляется, что позиция ВАС РФ по этому вопросу является более убедительной и обоснованной. Нравственные и физические страдания может претерпевать только гражданин. Такие страдания и моральный вред не связаны с юридическими лицами или публично-правовыми образованиями, т.е. они не могут быть кредиторами рассматриваемого охранительного обязательства.

В случае, если у юридического лица нарушаются неимущественные права, например право на деловую репутацию, и этим причиняются убытки, необходимо защищать нарушенное субъективное право с помощью других мер, но не требовать компенсации морального вреда. Одной из мер ответственности может быть возмещение убытков. А когда их нет, юридическое лицо вправе требовать опровержения распространенных сведений, порочащих его деловую репутацию (п. 5 и 7 ст. 152 ГК РФ).

В том случае, когда моральный вред причиняется нескольким гражданам (например, при нарушении права, принадлежащего нескольким потребителям) или несколькими субъектами возникает, соответственно, активная или пассивная множественность лиц в обязательстве. Моральный вред лицо самостоятельно может компенсировать с возраста полной деликтоспособности.

Представляет научный интерес вопрос о возможности перемены лиц в рассматриваемом обязательстве. Полагаю, что в обязательстве по компенсации морального вреда возможна уступка права требования и перевод долга. В ст. 383 ГК РФ содержится исчерпывающий перечень требований, которые не могут быть уступлены по договору цессии. В нем отсутствует требование о компенсации морального вреда.

А.М. Эрделевский считает, что общим признаком требований, указанных в ст. 383 ГК РФ, является их направленность на получение денежного обеспечения для сохранения или восстановления прежнего жизненного уровня гражданина. Этому признаку лишено требование о компенсации морального вреда, которое направлено на получение денежной суммы для создания у лица положительных эмоций, которые позволили бы полностью или частично погасить эффект воздействия на психику перенесенных ранее страданий. Следует отметить, что нормы ст. 383 ГК РФ не подлежат расширительному толкованию и не распространяются на требование о компенсации морального вреда.

Объектом рассматриваемого обязательства являются действия по компенсации морального вреда. Содержание правоотношения составляют право на компенсацию и обязанность по компенсации морального вреда. Право на компенсацию представляет собой возможность гражданина требовать компенсации морального вреда, возникающую с момента причинения вреда и существующую в рамках охранительного правоотношения. Обязанность выражается в необходимости лица компенсировать моральный вред в полном объеме. Объем охранительной обязанности определяется исходя из степени и характера страданий потерпевшего и вины причинителя вреда.

Так, совершенно обоснованно обращается внимание в решении Верховного Суда РФ на то, что «определенная судом к взысканию в пользу истицы в качестве компенсации морального вреда сумма в 15 000 руб. явно несоразмерна тем нравственным страданиям, которые испытывает истица в связи со смертью единственной дочери».

А.М. Эрделевский полагает, что необходимо учитывать не вид (характер) нравственных и физических страданий, а характер и значимость тех нематериальных благ, которым причинен вред; и, исходя из этого, предлагает установить базисный уровень размера компенсации применительно к страданиям, испытываемым по-

терпевшим при причинении тяжкого вреда здоровью, в размере 720 минимальных размеров заработной платы.

Кроме того, на размер охранительной обязанности влияют индивидуальные особенности потерпевшего, которые подлежат учету судом при определении размера компенсации морального вреда.

Возникновение охранительной правовой связи по компенсации морального вреда связано с фактом причинения неимущественного вреда. Это единственное основание (ст. 8 ГК РФ), необходимое для возникновения правовой связи. Вина, причинная связь и противоправность являются условиями возникновения ответственности (компенсации морального вреда).

Компенсация морального вреда, как отмечалось, осуществляется в денежной форме, поэтому обязательство является денежным. Предмет его исполнения — денежные средства. Правонарушитель должен исполнить обязательство в месте жительства кредитора путем вручения денежной суммы либо перечисления на его расчетный счет.

В случае, если должник не исполняет денежное обязательство по компенсации морального вреда (после вступления в силу решения суда), то возникает субохранительное право на взыскание процентов по ст. 395 ГК РФ, которое реализуется в самостоятельном субохранительном обязательстве.

Сумма морального вреда, подлежащая уплате по решению суда, в этом случае представляет собой обычный денежный долг, который должен быть передан потерпевшему лицу (кредитору). Если правонарушитель не исполняет эту обязанность, на сумму долга начисляются проценты годовых за неисполнение денежного обязательства.

О.Ю. Клименко,

ассистент кафедры гражданского и предпринимательского права, Казанский (Приволжский) федеральный университет

Гражданско-правовые и иные отраслевые средства обеспечения безопасности российских туристов за рубежом

С развитием новых общественно-экономических отношений на современном этапе формирования нашего общества появилось много новых, до недавнего времени не урегулированных правом отношений, одним из видов которых являются отношения в сфере туристской деятельности. Это не случайно, поскольку право на отдых, декларативно провозглашенное в ст. 37 Конституции РФ, не имело должного урегулирования в иных нормативно-правовых актах. Поэтому формально было признано, что наши соотечественники реализуют свое право на отдых по своему усмотрению, и выделение туризма как самостоятельного вида отдыха не проводилось.

Между тем развитие туристского бизнеса при фактическом отсутствии правового регулирования данных отношений порождало нецивилизованное развитие туристского рынка. В этой связи перед законодателем была поставлена важная за-

дача: необходимость нормативного урегулирования отношений в сфере туристской деятельности.

С момента принятия Федерального закона от 24 ноября 1996 г. «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о туризме) и началось, по сути, становление нормативного регулирования отношений в сфере туризма. Конечно, на протяжении многих лет Закон о туризме претерпевал многочисленные модификации. Причем последние изменения внесены Федеральным законом от 3 мая 2012 г. «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее — Закон 2012 г.). Следует отметить, что внесение поправок в Закон о туризме связан прежде всего со сложившейся ситуацией в сфере выездного туризма. Главным образом, речь идет о все более участившихся случаях невыполнения туроператорами взятых на себя обязательств перед туристами (например, задержка рейса, выселение из отелей, в связи с чем туристам требуется оказание экстренной помощи в возвращении на родину).

В этой связи Закон 2012 г. впервые вводит в ст. 1 Закона о туризме новое понятие «экстренная помощь», под которой следует понимать действия по организации эвакуации туриста из страны временного пребывания (в том числе оплата услуг по перевозке и(или) размещению), осуществляемые объединением туроператоров в сфере выездного туризма. Необходимо обратить внимание на то, что законодатель предусматривает возможность предоставления такой помощи, только если туристами был заключен договор о реализации туристского продукта, и они пострадали по причине неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по данному договору. Таким образом, данный договор можно рассматривать как средство обеспечения безопасности туристов.

В действующей редакции Закона о туризме надлежащее исполнение туроператором своих обязательств по договорам о реализации туристского продукта гарантируется финансовым обеспечением туроператоров, т.е. договором страхования гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору о реализации туристского продукта либо банковской гарантией исполнения обязательств по договору о реализации туристского продукта. Но законодатель, по нашему мнению, справедливо посчитал, что такого финансового обеспечения будет недостаточно для оказания именно «экстренной помощи» туристам. И поэтому в новую редакцию Закона о туризме вводится ст. 11⁴, где описаны правила формирования компенсационного фонда, средства которого пойдут на оказание экстренной помощи туристам, оказавшимся в нелегкой ситуации за границей по вине туроператора. Соответственно, компенсационный фонд наряду с финансовым обеспечением туроператоров выступает как еще одно средство обеспечения безопасности туристов за рубежом.

В течение одного года все туроператоры обязаны вступить в объединение туроператоров в сфере выездного туризма и начать платить взносы в компенсационный фонд. По сути, взносы, которые соберет данное объединение туроператоров, и будут гарантией оказания экстренной помощи, если туроператор не выполнит своих обязательств.

При этом средства компенсационного фонда могут быть использованы только при определенной ситуации, а именно невозможности исполнения туроператором

своих обязательств в оказании туристам экстренной помощи, т.е. действий по организации эвакуации туриста из страны временного пребывания (в том числе оплата услуг по перевозке и (или) размещению). При иных обстоятельствах (например, необходимость возмещения морального вреда, снижение качества услуг и т.п.) данные проблемы разрешаются с использованием финансового обеспечения туроператора.

В данной ситуации будет действовать так называемая «передаваемость обязательств» — изменение лиц в обязательстве (ст. 382 ГК РФ), т.е. обязательства туроператора по оказанию туристам экстренной помощи, по сути, переходят к объединению туроператоров.

В свое время крупнейший дореволюционный цивилист Г.Ф. Шершеневич полагал неправильным допущение перемены пассивного субъекта (в нашем случае — это замена туроператора): «Если веритель вступил в обязательственные отношения, так это потому, что он верил исполнительности должника. Возможность со стороны последнего заменить себя другим, без согласия на то кредитора, отнимает у этой веры всякое основание». Но допускал, что «замена одного должника другим без согласия верителя могла бы быть допущена законодателем, насколько это обстоятельство не лишается и не ослабляет основания веры кредитора в осуществимость его права требования». Таким образом, мы видим, что сущность перемены лиц в обязательстве, установленная ранее, не изменилась. И высказанное положение Г.Ф. Шершеневича применимо и к современным обязательствам, в частности в сфере выездного туризма, в случае предоставления экстренной помощи.

Сумма вклада в компенсационный фонд формируется за счет взносов туроператоров, осуществляющих деятельность в сфере выездного туризма. Размер уплаченного взноса в компенсационный фонд, а также сведения о членстве в Объединении туроператоров в сфере выездного туризма вносятся в Единый федеральный реестр туроператоров.

В соответствии с ч. 1 ст. 11¹ Закона о туризме объединение туроператоров — это некоммерческая организация, которая представляет собой единое общероссийское объединение, основанное на принципе обязательного членства юридических лиц, осуществляющих туроператорскую деятельность в сфере выездного туризма, и действующей в целях оказания экстренной помощи туристам. Некоммерческая организация приобретает статус объединения туроператоров в сфере выездного туризма на основании решения Правительства РФ. Объединение туроператоров в сфере выездного туризма является открытым для вступления новых членов. Главное требование к членству туроператора в объединении является своевременная уплата взносов в компенсационный фонд в установленном размере. Установление иных требований к членству туроператора в объединении туроператоров не допускается.

В качестве основания для прекращения членства туроператора в объединении туроператоров в сфере выездного туризма предусматривается: прекращение туроператором деятельности в сфере выездного туризма, неуплата взносов в компенсационный фонд, ликвидация туроператора в соответствии с законодательством РФ. Иные основания для прекращения членства туроператора в данном объединении не допускаются. При этом в случае прекращения членства туроператора взносы, уплаченные в компенсационный фонд, не возвращаются.

Следует отметить, что те туроператоры, которые будут исключены из объединения туроператоров или вообще не захотят в него входить, будут исключены из

федерального реестра туроператоров, а соответственно, лишатся права работать на рынке туристских услуг.

Таким образом, как следует из проведенного исследования, отчасти законодатель предпринял серьезные попытки предоставить гарантию защиты прав отечественных туристов, выезжающих на отдых за границу. Однако, несмотря на все изменения, внесенные в Закон о туризме, остаются открытыми такие вопросы, как: кто будет осуществлять и контролировать расходование средств компенсационного фонда, каков будет порядок оказания экстренной помощи, как будет оказываться выплата средств оказавшимся в экстремальной ситуации. От скорейшего решения обозначенных проблемных вопросов зависит стабильность развития туристской деятельности в РФ, повышения потребительского спроса на рынке предоставления туристских услуг.

В завершение хотелось бы отметить, что компенсационный фонд является значимой новеллой законодательства о туристской деятельности, повышающей степень защищенности туристов, избавляющей государство от несения расходов на оказание экстренной помощи туристам, регулирующей и контролирующей складывающиеся взаимоотношения между основными хозяйствующими субъектами туристского рынка.

Тем не менее создание такого компенсационного фонда сопряжено с рядом проблем, связанных с порядком его формирования и ведения, организацией выплат туристам, в том числе с учетом возмещения материального и морального вреда за счет средств финансового обеспечения туроператора. К тому же сумма компенсационного фонда в ближайшие 2–3 года вряд ли сможет покрыть все расходы, связанные с банкротством крупных туроператоров и последующим оказанием экстренной помощи туристам.

О.А. Кузнецова,

д.ю.н.,

профессор кафедры гражданского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Юридическая вина в условиях конвергенции частного и публичного права

Г.Ф. Шершеневич о вине в гражданском праве. «Действие представляет собой выражение воли, с точки зрения юридической — воли зрелой и сознательной. Поэтому в основании гражданского правонарушения лежит *вина*, все равно умышленная или неосторожная. Если лицо, причинившее вред, не желало бы такого последствия, не могло и не должно было предвидеть возможности его наступления, то нет вины с его стороны, а есть только один случай»¹, — писал Габриэль Феликсович.

Определение вины через категории воли, сознания, желания, предвидения свидетельствуют о том, что ученый был сторонником психологического понимания вины, которое согласовывалось и с действовавшим в то время русским законодатель-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 205–206.

ством: «Виновный в совершении какого-либо преступления или проступка, несмотря на то, с предумышлением или без оного учинено им сие преступление, обязан вознаградить за все непосредственно причиненные сим деянием его вред и убытки» (ст. 644 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи). «Не подлежат возмещению вред и убытки, происшедшие от деяния случайного, учиненного не только без намерения, но и без всякой со стороны учинившего оное неосторожности» (ст. 647).

Перу Г.Ф. Шершеневича принадлежит и обоснование роли психики человека в формировании его правомерного и противоправного поведения в социуме¹.

Советская и современная гражданско-правовая наука о вине. Доктрина гражданского права активно использовала психологическое понятие вины, разработанное в дореволюционной теории права и отраслевых правовых науках. В.П. Грибанов писал: «...под виной в гражданском праве понимается психическое отношение лица к своему противоправному поведению и к его результату, основанное на возможности предвидения и предотвращения последствий этого поведения»².

Психологический подход к вине присутствует и в современных исследованиях. Так, А.П. Сергеев пишет о вине следующее: «В этом субъективном условии ответственности находит свое выражение психическое отношение лица к совершенному им противоправному поведению и наступившим в результате этого последствиям»³.

Однако общеправовые, межотраслевые и указанные гражданско-правовые представления о вине как о психическом отношении к противоправному поведению и его результатам не в полной мере корреспондируют действующим нормам гражданского законодательства (ст. 401 ГК РФ)⁴.

Если невиновность определяется в теории права и в других отраслях права как неосознание, непредвидение, психофизиологическая неспособность предотвращения последствий (т.е. именно через внутренние психологические характеристики), то в гражданском праве как совершение некоторых действий (т.е. через внешние характеристики).

Такое понимание вины привело к тому, что стали говорить о том, что вина в гражданском праве является не субъективным, а объективным условием ответственности⁵.

Таким образом, в отечественной цивилистике существуют одновременно две теории вины: субъективистская (психологическая) и объективистская (поведенческая).

Вина в действующем российском законодательстве. Норма — дефиниция вины в гражданском законодательстве отсутствует. Однако из легального определения

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911. С. 80–88, 126–129.

² Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей // Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 338–339. См. также: Матвеев Г.К. Вина в советском гражданском праве. Киев, 1955. С. 178; Малейн Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. М., 1968. С. 48.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: учеб.-практ. коммент. (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2010. С. 821.

⁴ Согласно ст. 401 ГК РФ лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

⁵ См.: Российское гражданское право: учебник. В 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. Т. 1: Общая часть: Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. М., 2010. С. 463. См. также: Захарова О.Н. Непреодолимая сила и гражданско-правовая ответственность: автореф. дис. ... к.ю.н. Иркутск, 2005. С. 19.

невиновности (ст. 401 ГК РФ) можно сформулировать нормативное понимание вины: лицо признается виновным, если при той степени заботливости и осматрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно *не* приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства.

По мнению законодателя, гражданско-правовая вина — это непринятие правонарушителем определенных мер для исполнения обязательства, что в публичных отраслях права определяется как противоправное поведение в форме бездействия.

Судебная практика о вине. Анализ арбитражной практики применения категории вины позволяет сделать следующие основные выводы.

Во-первых, суды нередко игнорируют принцип безвиновной ответственности лиц, занимающихся предпринимательской деятельностью, и неосновательно выясняют, была ли вина в поведении коммерсанта или нет. Гражданско-правовую ответственность предпринимателя по общему правилу исключает только непреодолимая сила, поэтому устанавливать его вину или невиновность бессмысленно.

Во-вторых, при прямом указании закона субъекты предпринимательской деятельности отвечают только при наличии вины. В ГК РФ содержится всего три таких примера (ст. 538, 547, 777). Фактически именно в этих случаях правонарушений, вытекающих из «предпринимательских» договоров, в судах и надлежит опровергать вину. Во всех других случаях субъективная сторона (вина) в составе правонарушений предпринимателей отсутствует.

В-третьих, вина в гражданском праве презюмируется, поэтому часто встречающаяся в решениях судов фраза «истец не доказал вину ответчика» ошибочна¹.

В-четвертых, суды оценивают невиновность правонарушителя не через законодательные признаки заботливости и осматрительности, а через психологические категории «знал», «должен был предвидеть», «мог предотвратить»².

Различное понимание судами критериев вины и невиновности вызвано одновременным существованием в российском праве двух концепций вины — объективистской и субъективистской.

Вина и конвергенция частного и публичного права. Понимание вины правонарушителя в гражданском праве настолько существенно отличается от понимания вины в публичных отраслях права, что следует констатировать, что за этими одинаковыми юридическими терминами скрываются совершенно разные правовые понятия. В ГК РФ вина определяется через поведение правонарушителя (непринятие необходимых мер). В публично-правовых отраслевых кодексах вина — это внутреннее психическое отношение правонарушителя к своему поведению и его результатам (осознание и предвидение).

На наш взгляд, использование некоторых глубоко разработанных понятий публичного права в гражданском праве вполне возможно, а в отдельных случаях, например при дефинировании понятия вины, даже необходимо. Справедливо замечено, что «развитие права и законодательства приводит к нарастанию комплексности

¹ См., например: Определение ВАС РФ от 11 августа 2010 г. № ВАС-10068/10 по делу № А40-7455/09-65-87; постановления ФАС Уральского округа от 14 ноября 2011 г. № Ф09-7311/11 по делу № А71-1697/11; ФАС Московского округа от 28 мая 2012 г. по делу № А40-91938/11-11-773.

² Постановление ФАС Московского округа от 3 ноября 2003 г. № КГ-А41/8319-03. См. также: постановления ФАС Уральского округа от 21 июня 2011 г. № Ф09-3540/11 по делу № А07-20112/2010; ФАС Центрального округа от 23 июля 2007 г. по делу № А62-445/2007.

в праве. Границы публичного и частного права подвижны; кроме того, публично-правовые элементы присутствуют в отраслях частного права и наоборот»¹.

Поведенческая теория вины имеет серьезные дефекты. Во-первых, в ней невозможно определить понятия форм вины — умысла и неосторожности; во-вторых, по своему содержанию поведенческое понимание вины совпадает с понятием юридически значимого бездействия, происходит смешение объективной и субъективной сторон правонарушения; в-третьих, она совершенно неприемлема для деликтных правонарушений, поскольку предпринять меры для «надлежащего исполнения» деликтного обязательства объективно невозможно; в-четвертых, за одно и то же правонарушение лицо может быть признано невиновным в уголовном и административном судопроизводствах и виновным — в гражданском².

Указанные теоретические и практические проблемы гражданско-правовой вины способна снять психологическая концепция вины, сторонником которой, подчеркнем, был и Г.Ф. Шершеневич. В связи с этим необходимо поставить вопрос о сближении гражданского права с субъективистской теорией понимания вины и невиновности.

Д.Н. Латыпов,

к.ю.н.,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

О новом способе защиты гражданских прав в гражданском законодательстве

На сегодняшний день перечень способов защиты гражданских прав приведен в ст. 12 ГК РФ. При этом в силу положений названной статьи Кодекса защита гражданских прав осуществляется способами, указанными в данной статье, а также иными способами, предусмотренными в законе. Из названной нормы следует, что иные способы защиты прав могут быть установлены только законом; соответственно, применение способов, прямо не предусмотренных законом, не допускается. Подобная позиция подтверждается значительным объемом судебной практики³.

До недавних пор в перечне способов защиты гражданских прав, содержащимся в ст. 12 ГК РФ, отсутствовал такой способ защиты, как признание недействи-

¹ Яковлев В.Ф., Талапина Э.В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 11.

² Интересно отметить, что в дореволюционном гражданском праве прямо отмечалось, что «если же деяние обвиняемого признано по решению уголовного суда случайным, то не может быть удовлетворен и гражданский иск об убытках» // Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов / сост. И.М. Тютрюмов. Кн. 2. М., 2004. С. 399.

³ См., например, постановления Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. № 5740/09 по делу № А40-27990/08-82-255; Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 мая 2012 г. по делу № А12-22517/2011; Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 июня 2011 г. № 15АП-4453/2011 по делу № А32-33970/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

тельным решения органов управления юридического лица, что, представляется, было оправданным, поскольку конкретный способ защиты, порядок и условия его применения регламентировались специальными отдельными законами. К примеру, право на предъявление требования о признании недействительными решений общих собраний участников общества с ограниченной ответственностью закреплялось в ст. 43 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью», аналогичное право акционеров регулировалось ст. 49 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах» и т.д.

Как правило, применительно к каждому виду юридического лица соответствующий специальный закон закреплял тем либо иным образом такой способ защиты, как признание недействительным решения органа управления такого юридического лица. При этом фактически оспаривание решений органов управления юридического лица квалифицировалось судами в качестве такого способа защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права, пресечения действий, создающих угрозу нарушения права¹.

В свою очередь указанные способы (восстановление положения, существовавшего до нарушения права, как и пресечение действий, создающих угрозу нарушения права) прямо предусмотрены ст. 12 ГК РФ.

Соответственно, даже в случае отсутствия прямого указания в законе на возможность оспаривания решения органа управления применительно к отдельным юридическим лицам (например, в отношении некоммерческих организаций) требование о признании недействительным решения органа управления соответствовало положениям ст. 12 ГК РФ, поскольку направлено на восстановление положения, существовавшего до нарушения права².

Однако Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в ст. 12 ГК РФ вносится дополнение путем закрепления нового абзаца, содержащего указание на такой способ защиты, как *«признание недействительным решения собрания»*.

Следовательно, законодатель посчитал необходимым именно в ст. 12 ГК РФ, содержащую общий перечень наиболее распространенных способов защиты гражданских прав, внести указанное дополнение.

Рассмотрим целесообразность подобной корректировки.

Подобное изменение вполне объяснимо тенденцией развития правового регулирования корпоративных отношений, повышенным вниманием к названной сфере общественных отношений. Представляется, что истоки систематизации указанной области содержатся еще в так называемом пакете *антирейдерских законов*. Речь в первую очередь идет о федеральных законах от 30 декабря 2008 г. «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации

¹ Постановления ФАС Поволжского округа от 21 июня 2012 г. по делу № А55-22986/2011; ФАС Уральского округа от 14 января 2010 г. № Ф09-10676/09-С4; ФАС Волго-Вятского округа от 3 ноября 2010 г. по делу № А31-701/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например, постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 17 ноября 2011 г. по делу № А33-17125/2010; ФАС Дальневосточного округа от 25 июля 2011 г. № Ф03-3301/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

и отдельные законодательные акты Российской Федерации», от 19 июля 2009 г. «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», серьезным образом изменивших порядок управления в некоторых юридических лицах, порядок совершения сделок с долями в уставном капитале, акциями акционерных обществ и т.д.

Отдельно следует обратить внимание на изменения, внесенные последним из названных законов в АПК РФ, а именно на дополнение Кодекса гл. 28¹, именуемой «Рассмотрение дел по корпоративным спорам». Указанным нормативным правовым актом впервые дано легальное определение корпоративному спору (ст. 225¹ АПК РФ).

Наконец, Федеральным законом от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ дополнена ст. 2 ГК РФ в части указания на регулирование гражданским законодательством отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративных отношений).

Таким образом, представляется, что специальное закрепление в ст. 12 ГК РФ такого способа защиты, как *признание недействительным решения собрания*, обусловлено повышением уровня регулирования указанной области общественных отношений, направлено на более эффективную защиту прав заинтересованных лиц в указанной сфере.

В целом соглашаясь с подобной идеей, тем не менее полагаем необходимым обратить внимание на ряд вопросов, возникающих при исследовании подобного способа. К примеру, законодателем не указано, решение какого именно собрания может быть признано недействительным: органа управления юридического лица или вообще любого собрания кого-либо? Само легальное обобщенное определение термина «собрание» отсутствует (можно встретить лишь ссылку на подобный термин опять же в специальных законах). Если законодатель имел в виду возможность применения нового способа защиты только в случае наличия прямого указания в законе на существование конкретного собрания, тогда не вполне очевидна целесообразность исследуемого нововведения, поскольку возможность обжалования решений собраний органов управления вполне успешно определялась, как указывалось выше, либо через восстановление положения, существовавшего до нарушения права, либо через специальную оговорку в законе на возможность предъявления соответствующего иска.

Сразу возникает и другой вопрос: с учетом того, что в ст. 12 ГК РФ теперь среди перечня способов защиты гражданских прав отдельными абзацами указаны как восстановление положения, существовавшего до нарушения права, так и признание недействительным решения собрания, являются ли указанные два способа защиты самостоятельными, отличными друг от друга? Если новый способ защиты не тождествен такому способу, как восстановление положения, существовавшего до нарушения, то каковы условия его применения?

Представляется, что закрепление в ст. 12 ГК РФ нового способа защиты в виде признания недействительным решения собрания в отсутствие сопутствующих правовых норм, регламентирующих понятие, порядок и условия его применения, породит новый блок споров цивилистов. Думается, выявленные пробелы, как всегда, устраним судебная практика.

В.А. Петрушкин,

к.ю.н., доцент

кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;
судья ФАС Поволжского округа

Иск о признании права (обременения) отсутствующим как самостоятельный правовой механизм защиты нарушенного права

Анализ существующих в мировой практике моделей обеспечения законности в области оборота недвижимости, имеющиеся российские исторические традиции в этой сфере позволяют на сегодняшний день наметить подходы к разрешению ряда имеющихся проблем в процессе совершенствования отечественного гражданского законодательства в рамках проводимой реформы. Функционирование действующей российской правовой модели в сфере оборота недвижимости показывает, что подобные проблемы существуют. В частности, они затрагивают правовую область государственной регистрации сделок с недвижимостью, а также проблематику «двойной» регистрации. При этом хорошо известно, что обозначенная сфера государственной регистрации недвижимости выступает в качестве важнейшей составной части особого правового режима недвижимого имущества. Таким образом, совершенно очевидно, что указанная модель нуждается в определенном усовершенствовании в направлении решения подобных проблем.

Одним из довольно сложных практических вопросов в области оборота недвижимости выступает защита нарушенных или оспариваемых субъективных прав собственников и обладателей иных вещных прав на недвижимое имущество. В связи с этим требуется анализ подходов к указанной защите, существующих в судебно-арбитражной практике, а также иных практических тенденций в избрании правовых механизмов защиты. Разработка различных концепций, в том числе по созданию единой федеральной системы в сфере учета прав на недвижимость, в определенной степени усугубило существующую проблематику с избранием правовых механизмов для защиты прав. С этой целью раскрытие в рамках анализа всей модели системы оборота недвижимости, ее составного обеспечительного элемента позволит дифференцировать как способы защиты гражданских прав, так и основания материально-правовых требований.

Статья 45 Конституции РФ закрепляет государственные гарантии защиты прав и свобод и право каждого защищать свои права всеми незапрещенными способами. Специфика реализации указанной нормы применительно к частноправовым отношениям определена, в частности, в ст. 12 ГК РФ, которая в свою очередь не содержит закрытого перечня способов защиты субъективных гражданских прав.

Существующая судебно-арбитражная практика наглядным образом подтверждает, что лицо, чьи права нарушены, в значительной мере свободно в избрании правового инструментария для восстановления нарушенных прав. Так, в настоящее время арбитражные суды рассматривают споры с использованием способов,

которые, по сути, диаметрально противоположны способам, закрепленным в законе, либо вообще не предусмотрены действующим законодательством. Это, в частности, признание сделки действительной либо признание договора заключенным (незаключенным), признание обязательства исполненным (прекращенным). Таким образом, совершенно логично в структуре системы существующих способов защиты появились и иски о признании права (обременения) отсутствующим.

Исследуя такой способ защиты (правовой механизм), как признание права (обременения) отсутствующим, необходимо прежде всего обратить внимание на его появление в качестве самостоятельной составляющей в составе обеспечительного элемента всей правовой модели системы оборота недвижимости¹. В подтверждение этого вывода можно указать на то, что любые правовые механизмы, используемые для защиты права, по нашему представлению, носят в основном обеспечительную и правовосстановительную функцию, отвечающую за стабильность оборота соответствующих объектов.

Почему именно судебно-арбитражная практика пришла к выводу о необходимости применения этого нового способа защиты? Заметим, что формирование судебно-арбитражной практики, ее основных тенденций, как известно, основано на происходящих в экономике процессах и базируется на системном учете тех правовых последствий, которые наступают в результате использования тех или иных правовых механизмов, действующих в составе общей структуры правовой модели системы оборота недвижимости. Нужно подчеркнуть, что рассматриваемый способ защиты сформировался в результате его неоднократного применения в судебной практике с учетом того, что он приводит к реальной (гарантированной), а следовательно, эффективной защите имущественных прав на недвижимость. В то же время иные правовые механизмы для этой цели оказались не полностью пригодными.

В настоящее время имеются различные мнения относительно правовой природы иска о признании права (обременения) отсутствующим. Однако мы попробуем сделать самостоятельный анализ места этого иска в системе существующих разновидностей исков, составляющих вещно-правовые средства защиты права собственности.

По общему правилу ст. 12 ГК РФ признание права отнесено к разновидностям способов защиты субъективных гражданских прав. В свою очередь существующая доктрина расценивает такие категории исков в качестве вещно-правовых средств защиты наряду с виндикацией и негаторным иском.

Эти средства защиты применяются при рассмотрении и разрешении так называемых споров о праве в области оборота недвижимости. Поэтому дальнейшего изучения проблематики иска о признании права (обременения) отсутствующим необходимо определить, что в правоприменительном аспекте имеется в виду под спором о праве. В нашем понимании это прежде всего наличие препятствий правового и фактического характера для осуществления субъективного права, в частности на недвижимое имущество, в том числе и существующая правовая неопределенность в юридическом статусе правообладателя. В результате чего в итоге разрешения спора о праве устраняются препятствия для осуществления субъективного права, включая и неопределенность в принадлежности спорного объекта.

¹ Об этом элементе см. подробнее: *Петрушкин В.А.* Защита прав на недвижимость как самостоятельный (обеспечительный) элемент правовой модели системы оборота недвижимости // Вестник экономики, права и социологии. 2012. № 4. С. 46–49.

В соответствии с п. 1 ст. 2 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее — Закон о регистрации) государственная регистрация прав на недвижимость и сделок с ним — это юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения (обременения), перехода или прекращения прав на недвижимое имущество в соответствии с ГК РФ.

За период действия Закона о регистрации использовались разумные правовые механизмы для оспаривания права (титула) на объект недвижимости. При этом длительное время преобладал подход, когда спор о признании государственной регистрации недействительной разрешался через процедуру гл. 24 АПК РФ. В данном случае государственная регистрация рассматривалась в качестве ненормативного акта государственного органа, и в этих спорах фактически определялась законность юридического титула соискателя вещного права, который участвовал в качестве заинтересованного лица.

Данный де-факто ограниченный правовой механизм, используемый при разрешении споров о правах на недвижимое имущество, не мог полностью разрешить и исчерпать спор о праве, поскольку в рамках таких заявлений проверялась лишь законность соответствующего акта государственного органа. Однако здесь оставались не исследованными вопросы о законности владения, а также основания для возникновения конкретного права, что, соответственно, существенно влияло на саму эффективность применяемого защитного механизма. По сути дела, возникла определенного рода коллизия между тем значением, которое придает государственной регистрации недвижимости действующее гражданское законодательство, и ее действительным значением для гражданского оборота.

Указанная коллизия отчетливо проявилась при разрешении споров о правах на объект, в том числе при легализации посредством такой регистрации прав на самовольные постройки. Существующая позиция судов базируется на том, что наличие государственной регистрации на спорный объект не препятствует удовлетворению иска о его сносе как самовольной постройки. Данное положение основывается на том, что сама по себе регистрация не может влечь возникновения соответствующего права, если отсутствуют основания, предусмотренные гражданским законодательством. Следовательно, в ходе судебной практики предложено разграничивать, с одной стороны, саму государственную регистрацию, а с другой — ее основания. Иными словами, правопорождающий эффект несет не сама по себе государственная регистрация недвижимости, а она в совокупности с ее необходимыми по закону основаниями. При этом только одну государственную регистрацию недвижимости нужно оценивать как правоукрепляющую (закрепляет существующее положение). Думается, что именно такие рассуждения о существе и значении государственной регистрации и были одной из базовых причин оформления и распространения в судебной практике иска о признании права (обременения) отсутствующим.

На сегодняшний день обозначенный иск прямо не предусмотрен действующим законодательством. Однако он получил весьма широкое применение, в том числе в спорах о сносе самовольных построек: определения ВАС РФ от 20 октября 2011 г. № 13578/11, от 5 мая 2011 г. № 2947/2011¹ и др. Впоследствии 24 января 2012 г. Президиум ВАС РФ в Постановлении № 12576/2011² разграничил сферу применения

¹ Официальный сайт ВАС РФ: <http://arbitr.ru/>, раздел «Картотека арбитражных дел».

² Официальный сайт ВАС РФ: <http://arbitr.ru/>, раздел «Постановления Пленума ВАС РФ».

требования о сносе самовольной постройки и иска о признании зарегистрированного права отсутствующим.

По мнению высшей судебной инстанции, иск о признании зарегистрированного права или обременения отсутствующим являлся исключительным способом защиты, который подлежит применению только в случаях, когда нарушенное право истца не может быть защищено посредством предъявления специальных исков, предусмотренных действующим законодательством. Отсюда можно сделать вывод, что в тех случаях, когда нарушенное право может быть восстановлено посредством исключения из ЕГРП записи о праве собственности на объект, иск о признании права (обременения) отсутствующим может служить надлежащим способом защиты, соответствующим характеру нарушенных прав.

По существу сфера реализации исследуемого правового способа защиты определяется методом исключения. В случаях, когда соответствующая запись нарушает право лица, которое не может быть защищено путем признания такого права или истребования имущества из чужого незаконного владения, только тогда оспаривание зарегистрированного права или обременения может быть осуществлено путем предъявления иска о признании права (обременения) отсутствующим.

В то же время в основе правовой природы данной категории исков все же остается требование об оспаривании существующего акта государственного органа, подтверждающего права на объект недвижимости или обременения этих прав. Особенность состоит лишь в том, что ответчиком в таких спорах является не государственный орган, а лицо, за которым зарегистрировано спорное право или обременение. В связи с этим иск о признании права (обременения) отсутствующим следует рассматривать как самостоятельную разновидность вещно-правовых способов защиты (вещно-правовых исков), поскольку спор напрямую не касается (1) проблематики исполнения обязательств сторонами, (2) применения последствий недействительности сделки, (3) вопросов деятельности государственных (регистрирующих) органов.

Е.В. Рузанова,

ст. преподаватель кафедры гражданского
и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Международные правовые нормы и зарубежная доктрина об ответственности за причинение вреда детям

Несовершеннолетние лица обладают специфическим правовым статусом, происходящим из физических и психических особенностей указанных субъектов права. В свое время Г.Ф. Шершеневич писал, что «для уяснения себе отношения к согражданам, для понимания каждого совершаемого акта, для оценки выгоды и ответственности, соединяемых с каждой сделкою, необходимо достижение умственной зрелости и приобретение житейского опыта». Действующее международно-право-

вое регулирование отношений с участием детей, значительное внимание уделяет необходимости формирования наиболее эффективного и адекватного возрасту механизма предупреждения их противоправного поведения, исправления их асоциального поведения, если они явились причинителями вреда, или восстановления их положения, существовавшего до совершения правонарушения, в случае, когда они оказались потерпевшими.

На международном уровне специфическое положение ребенка находит отражение в Декларации прав ребенка от 20 ноября 1959 г., где в преамбуле среди прочего указывается, что ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту. Далее, согласно девятому принципу данного документа ребенка необходимо защищать от всех форм небрежного отношения, жестокости и эксплуатации. В ст. 3 Конвенции о правах ребенка, одобренной Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. (далее — Конвенция о правах ребенка), указывается, что ребенок должен быть обеспечен такой защитой и заботой, которая необходима для его благополучия, а учреждения, службы и органы, ответственные за заботу о детях или их защиту, должны отвечать нормам, установленным компетентными органами. В ст. 18 указанного акта прямо закрепляется принцип общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка и говорится о том, что родители или законные опекуны несут основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Примечательны и положения ст. 19 Конвенции о правах ребенка, исходя из которых должны быть приняты все необходимые законодательные, административные, социальные и просветительные меры с целью защиты ребенка от всех форм физического или психологического насилия, оскорбления или злоупотребления, отсутствия заботы или небрежного обращения, грубого обращения или эксплуатации со стороны родителей, законных опекунов или любого другого лица, заботящегося о ребенке. В этом документе имеется и норма о том, что родители или другие лица, воспитывающие ребенка, несут основную ответственность за обеспечение в пределах своих способностей и финансовых возможностей условий жизни, необходимых для развития ребенка (ст. 26). Согласно ст. 39 Конвенции о правах ребенка должны быть приняты все необходимые меры для того, чтобы содействовать физическому и психологическому восстановлению и социальной реинтеграции ребенка, являющегося жертвой любых видов пренебрежения, эксплуатации и злоупотребления.

Специфика положения детей и подростков закреплена и в п. 3 ст. 10 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г., где указывается на необходимость применения в отношении них особых мер охраны и помощи. В соответствии с п. 1.2 Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, от 29 ноября 1985 г. (Пекинские правила) должны быть созданы условия, позволяющие обеспечить содержательную жизнь подростка в обществе, которая в тот период жизни, когда он наиболее склонен к неправильному поведению, будет благоприятствовать процессу развития личности и получения образования, в максимальной степени свободному от возможности совершения преступлений и правонарушений.

Преамбула Европейской конвенции об осуществлении прав детей от 25 января 1996 г. (ETS № 160) говорит о значимости роли родителей в процессе защи-

ты и обеспечения прав и высших интересов детей и об участии государства в такой защите.

Приведенные международно-правовые нормы свидетельствуют о необходимости расширении сферы применения установленной в российском гражданском законодательстве деликтной ответственности при причинении вреда ребенку. Одним из таких направлений, на наш взгляд, является прямое закрепление в законе ответственности родителей (лиц, их заменяющих) за причинение вреда ребенку в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения ими родительских (приравненных к ним) обязанностей.

В зарубежной литературе, например, поднимается вопрос о том, могут ли дети подать в суд на родителей по причине отсутствия или недостаточной эмоциональной заботы и привлечь их к деликтной ответственности. При этом отмечается, что в настоящее время существует четыре подхода к вмешательству в отношения между родителями и детьми: минимальное вмешательство (римское право); умеренное правовое вмешательство, предусматривающее обстоятельства, исключющие в некоторых случаях ответственность родителей (законодательство большинства американских штатов); строгое широкое правовое вмешательство, допускающее иски детей к родителям по основанию эмоциональной небрежности (израильское право); мягкое широкое правовое вмешательство, которое устанавливает позитивную обязанность родителя любить своего ребенка, но принуждает к исполнению этой обязанности умеренными средствами (укоренено в европейском праве).

Следующим направлением расширения сферы применения деликтной ответственности в рассматриваемой области, по нашему мнению, является решение вопроса о привлечении соответствующих государственных и муниципальных органов, ненадлежащим образом реализующих свои полномочия (исполняющих обязанности), например, в части надзора за деятельностью опекунов или попечителей. Так, ряд зарубежных авторов считают, что при определенных обстоятельствах ответственность за вред, причиненный ребенку, может быть возложен и на компетентный орган, который не защитил его от иных лиц, включая родителей. Такой вывод следует, в частности, из проведенного Л. Орен анализа дела *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*. Суд пришел к заключению, что ответственность за безопасность и благополучие человека возникает у государства только тогда, когда оно помимо воли лица лишает его свободы. Автор указывает, что некоторые суды постепенно выработали позицию, согласно которой если государство ставит жертву в положение, когда ей угрожает опасность от частного лица и впоследствии не может ее защитить, то оно в определенном смысле само становится причинителем вреда. Вместо того чтобы возлагать ответственность на социальных работников (которые сами находятся в тяжелом положении), к ответственности могут быть привлечены государственные органы, вырабатывающие политику по защите детей и контролирурующие ее исполнителей, полагает ученый. Считаем, что в российском гражданском законодательстве в этой части имеется серьезный пробел, который требует устранения.

Все большее внимание уделяется и проблеме запугивания одних детей другими в школе. В зарубежной литературе высказывается позиция о необходимости изменения представлений о небрежном надзоре, с тем чтобы признать предска-

зуюемость вреда, причиняемого запугиванием, и причинную связь между бездействием должностных лиц и ущербом для потерпевших. Авторы считают необходимым разработать систему поощрений для школ, которые применяют стратегии, направленные на предотвращение запугивания, и санкций для тех образовательных учреждений, которые этого не делают. При этом подчеркивается, что запугивание и насилие развиваются в конкретных типах школьной атмосферы и подобный климат может контролироваться лицами, работающими в соответствующем образовательном учреждении. Значит, они в состоянии значительно сократить распространенность подобных действий одних учеников в отношении других. Ученые предлагают использовать две альтернативные презумпции — если в школе применяется обоснованная стратегия предупреждения запугивания, то действия учителей предполагаются обоснованными, в ином случае презюмируется как наличие небрежности с их стороны, так и причинная связь между их бездействием и причинением ущерба потерпевшему (указанные презумпции могут быть опровергнуты). Данный вопрос также требует серьезного теоретического осмысления, в частности, в аспекте понимания вины школы в причинении вреда ребенку, с тем чтобы российский законодатель в дальнейшем осуществил его адекватное легальное закрепление.

О.В. Сысоева,

судья Арбитражного суда Красноярского края

Паулианов иск: понятие, условия предъявления

В основе современного законодательства о банкротстве лежат понятия, сформулированные еще в Древнем Риме, которые, хотя и в измененном виде, нашли отражение в действующем законодательстве, поскольку, как и в древности, неплатежеспособные должники в предвидении банкротства совершают сделки, направленные на сокрытие имущества от своих кредиторов.

Г.Ф. Шершеневич писал: «Нередко лицо, предвидя неминуемую катастрофу, думает только о личном обеспечении, о сохранении в свою пользу того, что при открытии конкурсного процесса должно было бы поступить к кредиторам. Должник прибегает к содействию своих родных и близких и при их помощи пытается сохранить остатки крушения. Путем различных фиктивных сделок с этими лицами он старается дать им право на значительную часть своего имущества...»

Возможность опровержения неправомерных действий должника, совершенных в предвидении банкротства, была предусмотрена еще в римском праве.

Наиболее известным и сохранившимся до настоящего времени является Паулианов иск, который представлял собой своеобразный иск о возврате имущества в пользу должника от третьих лиц. *Actio pauliana* имеет определенные сходства с виндикационным иском, однако с тем основным отличием, что лицо, истребующее имущество, не является его собственником (таким лицом является конкурсный попечитель или кредитор, чьи интересы нарушены отчуждением имущества).

В качестве условий осуществления требования кредиторов об уничтожении последствий недействительности действий должника Г.Ф. Шершеневич выделял следующие:

а) действие несостоятельного должника должно причинить ущерб его кредиторам, создавая его неоплатность или уменьшая его долю, падающую на долю каждого кредитора. Такой ущерб производится отчуждением вещей, принятием на себя обязательства, освобождением других от обязательств;

б) такое действие должно быть совершено с намерением причинить кредиторам ущерб, следовательно, предполагается злой умысел со стороны несостоятельного должника. Если контрагент несостоятельного знал о цели сделки, он отвечает кредиторам за весь причиненный ущерб, если же он не знал намерения несостоятельного, он отвечает только в размере наличного обогащения от сделки.

Анализируя условия предъявления Паулианова иска, Г.Ф. Шершеневич отмечал: «нетрудно заметить, насколько подобное средство является недостаточным для защиты интереса кредиторов. Доказывание злого намерения со стороны несостоятельного должника представляет необыкновенные затруднения, лишаящие всякого значения само юридическое орудие защиты».

В римском праве была предпринята попытка учесть добросовестность приобретателя, ведь приобретая имущество должника, контрагенту не всегда были известны намерения должника.

Поэтому ответственность приобретателя была различной в зависимости от того, была ли ему известна цель отчуждения. Объем подлежащего возврату имущества, следовательно, зависел от двух факторов: добросовестности контрагента должника, получившего имущество, и возмездности получения имущества таким контрагентом.

Если приобретателю была известна цель сделки, то он обязан был изгладить вредные для кредиторов последствия сделки, как будто бы ее вообще не было. Если к этому моменту приобретатель уже не владел имуществом, то он должен был уплатить его стоимость, возратить доходы, которые им получены.

Возврата встречного предоставления по такой сделке недобросовестный приобретатель мог требовать только в том случае, если это имущество находилось в конкурсной массе. Такая полная ответственность ограничивалась годичным сроком, исчисляемым со времени продажи имущества должника; по истечении года кредиторы могли требовать от недобросовестного приобретателя только то, что осталось из имущества должника.

Если контрагент должника был добросовестным и не знал о том, что должник в результате исполнения сделки станет неплатежеспособным, то имущество не могло быть изъято и передано должнику.

Институт, напоминающий в рецепированной форме Паулианов иск, существует во многих правовых порядках. Возможность оспорить сделку на том основании, что она совершена с намерением причинить вред другим кредиторам, предусмотрена законодательствами многих стран.

В дореволюционном законодательстве имелись положения, играющие сравнительно ту же роль, что и *actio pauliana*. Однако современное законодательство о банкротстве длительное время не предусматривало возможности предъявления Паулианова иска.

Возможность предъявления Паулианова иска была закреплена с введением главы III¹ Федерального закона от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве). Речь идет о п. 2 ст. 61² данного Закона, который предусматривает возможность оспаривания сделок, совершенных должником с целью причинения вреда имущественным правам кредиторов.

Вместе с тем намерение должника причинить вред имущественным правам кредиторов рассматривается как одно из условий для оспаривания сделки, наряду с которым необходимо установить знание стороны сделки о цели должника. Кроме субъективных условий, необходимых для удовлетворения Паулианова иска, законодатель вводит объективные, стремясь тем самым обеспечить интересы должника и третьих лиц. Так, в частности, может быть признана арбитражным судом недействительной только сделка, которая была совершена в течение трех лет до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления и в результате совершения которой был причинен вред имущественным правам кредиторов.

В литературе п. 2 ст. 61² Закона о банкротстве справедливо рассматривается как общее основание оспаривания сделок при банкротстве. Из буквального толкования гл. III¹ Закона о банкротстве следует, что совершение сделки с целью причинения вреда имущественным правам кредиторов является самостоятельным основанием недействительности наряду с возможностью оспаривания сделок, совершенных при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки (п. 1 ст. 61²), и сделок с предпочтением (ст. 61³).

Однако, по мнению О.Р. Зайцева, п. 2 ст. 61² Закона о банкротстве носит общий характер, является глобальным основанием оспаривания сделок при банкротстве, а п. 1 ст. 61¹ и ст. 61³ – разновидностью этого общего основания. Значение такой квалификации оснований, предусмотренных п. 1 ст. 61¹ и ст. 61³, состоит в том, что если сделка подпадает и под специальное, и под общее основание, то при совершении ее в пределах подозрительности специального основания (он короче периода подозрительности общего основания) для ее оспаривания достаточно доказывания обстоятельств, составляющих специальное основание (как правило, его легче доказать); если же сделка была совершена за пределами периода подозрительности специального основания, но в пределах такого периода общего основания, то она конечно же может быть оспорена, но уже только по общему основанию.

Значение Паулианова иска трудно переоценить. В преддверии банкротства должник нередко совершает невыгодные сделки с целью причинения вреда имущественным правам кредиторов. При отсутствии специальных материально-правовых оснований такую сделку оспорить нельзя. Общегражданские основания недействительности сделки здесь неприменимы. Так, сделка может быть направлена на причинение вреда имущественным правам кредиторов, но соответствовать требованиям действующего законодательства и не нарушать основы правопорядка и нравственности. Данная сделка может являться реальной и направленной на достижение определенной цели. Даже если должник будет находиться в тяжелых обстоятельствах, он будет действовать по своей внутренней воле, направленной на вывод имущества из-под взыскания. Таким образом, основания недействительности сделок, установленные ст. 168–179 ГК РФ, в такой ситуации неприменимы. В таком случае, роль Паулианова иска в защите интересов кредиторов неплатежеспособного должника незаменима.

Д.А. Торкин,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Тюменская государственная академия мировой экономики,
управления и права

Пути совершенствования судебной защиты гражданских прав

В настоящее время общество предъявляет повышенный спрос на эффективную судебную защиту гражданских прав, подразумевающую вынесение справедливых и своевременных судебных актов, которым придается результативное принудительное исполнение. Во всех перечисленных и иных компонентах эффективности судебной защиты гражданских прав имеются серьезные недостатки.

К сожалению, до настоящего времени при разрешении гражданских споров законность воспринимается правоприменителями преимущественно как некое соблюдение заданного количества формальностей. Между тем гражданское право имеет свои особенности. Например, императивная норма гражданского законодательства не должна толковаться исключительно как запрет или обязывание на какое-либо действие. Нужно понимать, что далеко не всякое соблюдение формальностей означает, что лицо действует «по праву», равно как и несоблюдение всех формальностей еще не означает, что действия лица противоречат закону. Подлинная законность выражается в соблюдении неписаных правил о недопустимости обмана и злоупотребления правами, обязательности для лица быть добросовестными при использовании гражданско-правовых инструментов, уважении волеизъявления сторон, эквивалентности и сбалансированности интересов сторон, недопустимости неосновательного обогащения.

Для разрешения гражданско-правовых споров необходимо широко использовать оценочные понятия, которые должны стабилизировать формальную правоприменительную практику. Причем нужны не только критерии разумности и добросовестности, но и другие оценочные понятия, которые востребованы гражданским оборотом. Без использования оценочных понятий качественное разрешение сложных гражданских споров представляется неразрешимой задачей.

Для нужд правоприменительной практики необходимо внедрить принципы применения норм гражданского права, которые должны соблюдаться судами при применении специальных норм гражданского законодательства, придавая практике требуемые черты. Такие принципы применения норм гражданского права вполне можно утвердить на уровне разъяснений постановлений пленумов высших судебных инстанций без внесения каких-либо изменений гражданского законодательства. Следует отметить, что принципы гражданского права и принципы применения норм гражданского права не являются одним и тем же. Отметим, что принципы применения отраслевого законодательства уже давно используются судами при разрешении налоговых споров. Подобный опыт следует использовать и применительно к гражданскому законодательству.

Наконец, справедливость и право для судов должны стать синонимами. Справедливость выражается в обеспечении баланса имущественных или иных защи-

щаемых гражданским законодательством интересов сторон при разрешении спора. Если судья разрешил гражданский спор справедливо и не нарушил никаких императивных норм, то его судебный акт является правосудным. Если при разрешении спора справедливости у него не «получилось», то, значит, эту справедливость участники оборота будут искать в другом месте. В настоящее время справедливость не используется судами в качестве приоритетной ценности. Основное место отведено понятию законности в смысле соблюдения формальностей безотносительно справедливости принятого судом решения. В лучшем случае речь может идти об обеспечении единства судебной практики.

Технический подход правоприменителя к разрешению споров с сугубо формальным применением норм гражданского законодательства без стремления достигнуть цели справедливого разрешения спора наносит ущерб качеству правоприменительной практики и, как следствие, снижает уровень доверия к судебной системе в целом.

Само понятие о единстве судебной практики в настоящее время фактически не используется судами в своем буквальном значении. Ссылаясь на обеспечение единства судебной практики, высшая судебная инстанция в равной степени может проигнорировать сложившуюся и вполне единообразную практику нижестоящих судов, может отменить судебный акт, соответствующий сложившейся судебной практике нижестоящих судов, изменить собственную ранее принятую практику. По существу никакого обеспечения единства судебной практики нет. Основанием для корректировки судебной практики высшим судом является целесообразность принятия того или иного судебного акта в сложившихся условиях, а не декларируемое обеспечение единства судебной практики. Нельзя сказать, что такая целесообразность всегда имеет отрицательное значение. Если целесообразность выражается в обеспечении баланса интересов сторон и, как следствие, обеспечении справедливого разрешения спора, то такая целесообразность вполне допустима. Но целесообразность может и не находить источником справедливость, а руководствоваться иными побудительными причинами, что не способствует повышению доверия судебной системе.

Представляется, что суд должен принимать более активное участие в судебном заседании. В настоящее время суд больше выполняет роль молчаливого статиста, который наблюдает за тем, какие заявления, ходатайства, доказательства представлены сторонами в дело и после этого выносит судебный акт. Причина состоит в излишней абсолютизации принципа состязательности и полном отрешении суда от поиска объективной истины.

Активное участие суда должно находить выражение в разъяснении сторонам существующей правоприменительной практики по аналогичным спорам и предполагать развитие дискуссии в судебном заседании о применении норм материального и процессуального права, в которой последнее слово, конечно, останется за судом. В ходе такой дискуссии сторонам уже станет понятно, какой судебный акт скорее всего будет вынесен судом, и у них будет больше стимулов заключить мировое соглашение или перевести спор во внесудебное русло. При этом формат дискуссии дает возможность сторонам убедить состав суда в правильности иного подход при разрешении спора по сравнению с тем, что суд предлагал изначально. Кроме того, зная предварительную позицию суда, с которой сторона не согласна,

она может лучше подготовить дело в первой инстанции к оспариванию судебного акта в вышестоящей инстанции. Тем самым деятельность судов станет более прозрачной для лиц, участвующих в деле, а степень доверия к правосудию увеличится, даже если одна из сторон останется несогласной с мнением суда. Многие домыслы о принятии решений судами исчезнут сами собой, а качество правосудия повысится.

Правоприменительная практика свидетельствует о том, что в настоящее время получили широкое распространение имитационные неконкурентные споры с целью нарушения прав третьих лиц (кредиторов ответчика, собственников спорного имущества, наследников), в которых ответчик либо признает иск, либо не проявляет активности для защиты своих интересов. К сожалению, суды не могут своевременно противодействовать этому явлению и действуют формально, рассматривая такие иски. В отдельных случаях неконкурентные споры разрешаются с участием недобросовестных третейских судов, что отрицательно сказывается на их репутации и дает повод ошибочно усомниться в эффективности и полезности третейских судов в целом.

В этой связи нужно постепенно переходить от презумпции добросовестности участников гражданского оборота к правилу об обязательности добросовестного поведения. В результате недобросовестного поведения должно быть наступление тех правовых последствий, которые лицо пыталось избежать, совершая свои недобросовестные действия. Существующие правовые последствия злоупотребления правом в виде отказа в защите права представляются недостаточно адекватными вреду, который наносится вследствие злоупотребления правом.

Следует отметить, что некоторые важнейшие способы защиты гражданских прав на практике практически не работают. Например, существует проблема невозможности взыскания в судебном порядке убытков вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств. С точки зрения закона такая возможность есть, и в теории гражданского права взысканию убытков отводится очень важная роль, но реализовать ее в реальной жизни очень трудно. Большая часть судебной практики о взыскании убытков является отказной, а взыскание судом упущенной выгоды и вовсе можно назвать уникальным явлением.

Как известно, в предмет доказывания по искам о взыскании убытков входят обстоятельства нарушения договорного обязательства должником, возникновения убытков у кредитора, вины должника в убытках кредитора, причинной связи между нарушением обязательства должником и убытками кредитора, размера убытков кредитора. Данная модель работает преимущественно в интересах нарушителя обязательства, поскольку доказать все элементы состава очень сложно. Наступил тот момент, когда ученым и практикам нужно критически осмыслить условия взыскания убытков и облегчить существующую модель, которая не отвечает нуждам гражданского оборота.

Следует отметить и то, что взыскание убытков в современном понимании рассматривается исключительно как разновидность гражданско-правовой ответственности, т.е. в виде дополнительной имущественной обязанности должника, имеющей компенсационный характер, выступающей в роли наказания должника за нарушение обязательства. Между тем гражданскому обороту не так важно, являются ли убытки мерой гражданско-правовой ответственности или нет, главное, чтобы их можно было взыскать, если они возникли. Если формат убытков в виде ответ-

ственности не позволяет решать задачи, которые стоят перед экономикой, то нужно развивать и иные обоснования природы убытков и условий для их взыскания.

А.А. Тюлькин,

аспирант очной формы отделения,

Пермский государственный национальный исследовательский университет

Восстановление деловой репутации предпринимателя, нарушенной незаконным использованием его товарного знака

Товарный знак является средством индивидуализации товаров конкретного производителя в обороте, выделяя эти товары среди всей массы товаров определенного рода.

Производители направляют огромное количество ресурсов для того, чтобы их знак стал узнаваемым среди покупателей. В сознании потребителей формируются устойчивые ассоциативные связи между узнаваемым ими товарным знаком и тем производителем, которому этот товарный знак принадлежит, складывается мнение о качестве предлагаемой под определенным товарным знаком продукции.

Под понятием деловой репутации предпринимателя понимается оценка предпринимателя со стороны, контрагентов, потребителей; представление партнеров о фирме, благоприятствующее ее деятельности и учитываемое в условиях хозяйствования; «доброе имя» фирмы¹.

Д.В. Мурзин отмечает, что до введения в действие части четвертой ГК РФ судам приходилось учитывать, что в соответствии с нормой п. 2 ст. 46 Закона о товарных знаках публикация судебного решения предполагалась исключительно «в целях восстановления деловой репутации потерпевшего». Поэтому в судебных актах можно было встретить, к примеру, такие обоснования для отказа в удовлетворении соответствующего требования: публикация суда в газете «Известия» не относится к предмету заявленных требований, так как каких-либо порочащих истца сведений в этой газете не распространялось (постановление ФАС Московского округа от 14 июня 2005 г. № КГ-А40/4701-05). Понятно, что публикация о нарушении исключительного права преследует совсем иные цели².

Следует отметить, что после введения в действие части четвертой ГК РФ ситуация не изменилась и суды продолжают принимать решения с аналогичной формулировкой; такие позиции можно увидеть, например, в постановлениях Восьмого арбитражного апелляционного суда от 15 февраля 2011 г. по делу № А75-7583/2010; ФАС Западно-Сибирского округа от 19 мая 2011 г. по делу № А75-7488/2010 и др.

¹ См.: Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2006.

² См.: Практика рассмотрения коммерческих споров: анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума ВАС РФ / В.О. Калятин, Д.В. Мурзин, Л.А. Новоселова и др.; рук. проекта Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова. М., 2011. Вып. 17. С. 179.

Какие «иные цели» преследует публикация решения суда о допущенном нарушении, не совсем ясно.

Характеристики продукции, выпускаемой производителем, оказывают воздействие на оценку деятельности самого юридического лица, как со стороны потребителей, так и со стороны контрагентов. В основном только через товар у потребителя создается впечатление о производителе. То есть в процессе осуществления основной своей практической деятельности производитель формирует свою репутацию. Надлежащая деловая репутация способствует тому, что потенциальные потребители готовы и хотят приобретать продукцию конкретного производителя.

В этой связи следует обратиться к мнению Г.Ф. Шершеневича по поводу роли средств индивидуализации в экономическом обороте. Еще в начале XX в. этот выдающийся ученый писал, что экономическое значение фирмы, подразумевая под ней коммерческое обозначение, состоит в той ценности, какую имеет хорошо поставленное предприятие благодаря своей известности среди публики. Эта известность может распространяться среди все большего круга потребителей¹. Когда известное предприятие благодаря достоинству своих товаров приобрело значительный круг потребителей, то для других предоставляется искушение воспользоваться чужой фирмой, чтобы отвлечь внимание покупателей². Далее он указывал, что право на товарный знак используется для приобретения известности среди публики³. Таким образом, средства индивидуализации, и товарный знак в частности, понимался Г.Ф. Шершеневичем именно как средство для формирования деловой репутации предпринимателя для дальнейшего успешного продвижения своей продукции на рынке, с чем, безусловно, стоит согласиться.

М.А. Рожкова пишет о том, что подрыв деловой репутации одного лица может осуществляться и путем использования другим лицом (нарушителем) средств индивидуализации, права на которые принадлежат первому⁴. Сходной позиции придерживаются и ряд других авторов⁵.

О.А. Городов отмечает, что под вредом, причиненным деловой репутации хозяйствующего субъекта, понимают всякое ее умаление. При этом указанное умаление может носить как имущественный, так и неимущественный характер, последний проявляется в утрате хозяйствующим субъектом положительного мнения о его деловых качествах в глазах общественности и, в частности, делового сообщества⁶. Указанной позиции придерживается и Е.В. Гаврилов⁷.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб., 1908. С. 184; Он же. Учебник торгового права. 9-е изд. М., 1919. С. 64.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 9-е изд. М., 1911. С. 381.

³ Там же. С. 382.

⁴ Практика рассмотрения коммерческих споров: анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума ВАС РФ / Л.В. Кузнецова, Л.А. Новоселова, М.А. Рожкова и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. Вып. 14. М., 2011. С. 99.

⁵ См., например: Гусалова А.Р. К вопросу о защите деловой репутации // Общество и право. 2011. № 2. С. 108; Ивачев И. Деловая репутация юридического лица и ее гражданско-правовая защита // Финансовая газета. 2006. № 13.

⁶ См.: Городов О.А. Недобросовестная конкуренция: теория и правоприменительная практика. М., 2008. С. 21.

⁷ См.: Гаврилов Е.В. Вред деловой репутации юридического лица: понятие и способы защиты // Законодательство и экономика. 2011. № 12. С. 45.

Таким образом, в результате использования лицом чужого товарного знака без соответствующего разрешения производимые товары не будут отвечать требованиям, которые установлены производителем, никакого контроля со стороны правообладателя за производством товаров также не будет. На основе характеристик контрафактных товаров общее впечатление покупателей о характеристике «оригинальных» товаров будет меняться, будет меняться и впечатление о самом товарном знаке конкретного производителя, что в свою очередь отразится и на деловой репутации правообладателя.

Соответственно, поскольку использование чужого товарного знака наносит вред деловой репутации правообладателя, то должны быть способы защиты, направленные на восстановление умаленной деловой репутации, учитывающие специфику правонарушения. Специальные способы защиты исключительных прав перечислены в ст. 1252 ГК РФ. Публикация решения суда имеет своей целью довести до потенциальных потребителей информацию о факте нарушения прав на товарный знак, восстановить положение, существующее до нарушения права: проинформировать о том, что только правообладатель выпускает определенный перечень товаров под его товарным знаком и никто более (именно поэтому публикация решения суда о допущенном нарушении осуществляется с указанием действительного правообладателя). То есть данная мера направлена на то, чтобы устранить неблагоприятные последствия неимущественного характера, связанные с нарушением деловой репутации.

Применительно к деловой репутации и способам ее защиты имеется ст. 152 ГК РФ. Но публикация решения суда, как мера защиты, предусмотренная ст. 1252 ГК РФ, будет являться специальной мерой, связанной с умалением деловой репутации в результате незаконного использования товарного знака. Поэтому в данном случае будет применяться специальный способ защиты. Специфика этого способа защиты будет выражаться, например, в том, что публикация согласно ст. 1252 ГК РФ будет осуществляться в иных, чем предусмотрены ст. 152 ГК РФ, источниках. Так, не обязательно, чтобы сведения, нарушающие права на товарный знак, были размещены именно в средствах массовой информации, как это указано в ст. 152 ГК РФ, эти сведения, к примеру, могут быть размещены на интернет-сайте ответчика, который не будет подпадать под критерии средства массовой информации, указанные в Законе РФ «О средствах массовой информации», в этом случае публикация решения суда о допущенном нарушении будет осуществляться в том источнике, где эти сведения были размещены.

Кроме того, как указывает Ю.Ф. Вацковский, ст. 152 ГК РФ применима только к случаям диффамации, в то время как ст. 46 Закона о товарных знаках (в настоящее время действуют аналогичные нормы ст. 1250 и 1252 ГК РФ) предусматривала защиту деловой репутации от вреда, причиненного деловой репутации истца в результате распространения соответствующей действительности информации, без каких-либо волевых действий ответчика, специально направленных на распространение не соответствующих действительности порочащих сведений с целью причинения вреда репутации истца¹. Это также свидетельствует о том, что способы защиты, указанные в ст. 152 ГК РФ, не в полной мере будут отвечать достиже-

¹ Вацковский Ю.Ф. Доменные споры. Защита товарных знаков и фирменных наименований. М., 2009. С. 93.

нию поставленной цели, поскольку они, как указывалось, не учитывают специфики нарушения, а потому не могут применяться в случаях, когда подлежит применению подп. 5 п. 1 ст. 1252 ГК РФ.

Таким образом, восстановление деловой репутации предпринимателя, нарушенной незаконным использованием его товарного знака, будет осуществляться исключительно посредством публикации решения суда о допущенном нарушении права на товарный знак в соответствии со ст. 1252 ГК РФ.

О.Н. Фомина,

к.ю.н.,

ст. преподаватель кафедры

предпринимательского права, гражданского и арбитражного процесса

Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Отдельные вопросы корпоративной ответственности в российском и англо-американском праве

Вопросы корпоративной ответственности или, иными словами, ответственности участников корпоративных правоотношений приобрели актуальность для российской цивилистики в свете проводимой реформы гражданского права и поиска оптимальных способов регулирования отношений с участием юридических лиц.

Обращение к англо-американскому праву с целью исследования института корпоративной ответственности объясняется отчасти ориентированностью российского законодателя на англосаксонский подход при имплементации отдельных институтов корпоративного права. Участники предпринимательских отношений также активно используют механизмы англо-американского корпоративного права, принудительно подчиняя свои корпоративные отношения данному правопорядку. Ориентированность на охрану интересов добросовестных участников отношений, в том числе путем возможности привлечения к ответственности более широкого круга субъектов в отличие от российского права, выступает одним из ключевых факторов привлекательности англосаксонского права.

Несмотря на вышеуказанное, заимствованию российским законодателем институтов органически различного правопорядка должно предшествовать глубокое понимание их сущности и природы отношений, в которых они используются. Отечественный законодатель порой осознанно неверно толкует правовые механизмы англосаксонского права, тем самым нарушая взаимосвязанность элементов российского права, основанного в целом на континентальной системе, и не достигает искомых результатов от внедрения англо-американских подходов. В качестве яркого примера такого искажения сущности правового явления можно назвать внедрение в отечественный правопорядок так называемых «акционерных соглашений» (или соглашений участников), якобы основанных на англо-американской правовой доктрине, на самом же деле являющихся порождением сугубо российского правотворчества. Аналогично при регулировании и толковании вопросов ответственности участников корпоративных отношений законодатель и правоприменители

порой апеллируют к англо-американскому опыту. Однако для грамотного и адекватного применения достижений концепции корпоративной ответственности, выработанной данной правовой системой, необходимо прежде всего четкое понимание механизмов и правовой природы существующих в данной сфере институтов.

Основным направлением модернизации института корпоративной ответственности в рамках реформирования гражданского законодательства РФ является расширение круга возможных субъектов такой ответственности.

Еще в начале прошлого века Г.Ф. Шершеневич указывал, что «юридическое лицо всегда отвечает за сделки представителей, совершенные ими в качестве таковых, пока они соответствуют закону или полномочию», он также подчеркивал, что «в этих пределах юридическое лицо несет ответственность за действия его органов»¹.

Примером развития данного постулата могут служить предполагаемые изменения в ст. 174 ГК РФ, относящиеся к последствиям нарушения представителем условий осуществления полномочий или интересов представляемого². В соответствии с предлагаемыми изменениями положения указанной статьи должны распространяться не только на органы юридического лица, но также на руководителей его филиалов, которые органами юридического лица не являются, и на случаи, когда орган юридического лица действует в нарушение иных обязательных для него внутрикорпоративных документов (помимо учредительных документов), например положения о филиале³. Аналогом данного правила может выступать доктрина общего права *ultra vires* (лат. за пределами полномочий), в соответствии с которой управляющий может нести самостоятельную ответственность в случае выхода за предоставленные ему корпорацией и участниками полномочия.

Другая широко известная концепция «снятия корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*) выступает прототипом целого блока предлагаемых изменений в сфере корпоративной ответственности и, в частности, расширения круга субъектов такой ответственности.

Вопреки господствующему в отечественном праве принципу ограниченной ответственности участников⁴ Проект изменений в ГК РФ предлагает установление солидарной ответственности участника (акционера) по обязательствам подконтрольного юридического лица (ст. 53³, 53⁴ ГК РФ в редакции Проекта), также обсуждается возложение ответственности на широкий круг лиц, оказывающих влияние на принятие решений юридическим лицом на основании понятия аффилированности (ст. 53² ГК РФ в редакции Проекта). Согласно ст. 53² ГК РФ в редакции Проекта наличие аффилированности определяется как юридическими признаками, так и фактическими обстоятельствами, что будет препятствовать злоупотреб-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 126.

² Проект федерального закона № 47538 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред., принятой ГД ФС РФ в 1-м чтении 27 апреля 2012 г.) (далее — Проект изменений в ГК РФ).

³ Пояснительная записка к Проекту федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также отдельные законодательные акты Российской Федерации» // www.duma.gov.ru (далее — Пояснительная записка).

⁴ Еще Г.Ф. Шершеневич писал, что «характерным признаком акционерного товарищества представляется ограниченная ответственность всех членов соединения» (Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 141).

лениям в соответствующих сферах¹; для бюджетных учреждений предлагается восстановить, а для автономных учреждений — ввести субсидиарную ответственность их учредителей (публично-правовых образований) по обязательствам бюджетного учреждения, связанным с причинением вреда жизни и здоровью граждан, ибо при ее отсутствии граждане, здоровью или жизни которых был причинен вред, могут не получить удовлетворения своих обоснованных требований, поскольку реальная имущественная база самостоятельной ответственности бюджетного учреждения по действующему законодательству ограничена денежными средствами и малоценным движимым имуществом (п. 5 ст. 120¹ Пояснительной записки).

Для российского права расширение ответственности участников является движением в направлении сближения с западным правопорядком и особенно странами общего права. Однако англо-американское и романо-германское (в том числе российское) корпоративное право исходит из прямо противоположных начал. В отличие от России ограниченная ответственность акционеров в корпорациях США явилась результатом развития деловой практики этой страны и получила правовое признание лишь к концу XIX в.² В отдельных штатах акционеры корпорации до сих пор несут неограниченную ответственность по некоторым ее обязательствам³. Таким образом, несмотря на то, что в настоящее время ограниченная ответственность участников является общим правилом, которое применяется по умолчанию к американским корпорациям в том случае, если не существует соглашения, предусматривающего иной порядок⁴, данный принцип не является органически присущим корпоративным формам ведения бизнеса в США. При этом такой подход не повлиял на высокую степень инвестиционной привлекательности США на мировой арене.

Дальнейшие предлагаемые изменения касаются возложения дополнительной ответственности на участников. Проект изменений в ГК РФ (ст. 53¹ и 53⁴) усиливает традиционные положения об имущественной ответственности лиц, уполномоченных выступать от имени соответствующего юридического лица (т.е. физических лиц, являющихся его органами — руководителями), а также членов его коллегиальных органов (наблюдательных советов, правлений и т.п.) и лиц, фактически определяющих (контролирующих) его действия. Все эти лица должны возмещать убытки, причиненные ими юридическому лицу, если будет доказано, что при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей они действовали недобросовестно или неразумно, в том числе если их действия (бездействие) не соответствовали обычным условиям гражданского оборота или обычному предпринимательскому риску.

Принцип добросовестности и разумности в корпоративных отношениях является аналогом концепции фидуциарных обязанностей директоров (*duty of good faith, duty of care etc.*) в англо-американском праве. Обычные условия гражданского оборота и обычный предпринимательский риск перекликаются с «презумпцией правильности управленческого решения» (*business judgment rule*).

¹ Пояснительная записка. С. 10.

² См.: *Henn H.G., Alexander J.R. Laws of Corporations and other Business Enterprises*. St. Paul, 1983. P. 130.

³ Так, в Нью-Йорке и Висконсине акционеры могут лично нести ответственность за невыплату заработной платы работникам корпорации (e.g. § 630 (a) NY BCL). До 1928 г. все акционеры предпринимательских корпораций в Калифорнии, за незначительным исключением, несли неограниченную ответственность по их обязательствам.

⁴ См., например: *Palmiter A.R. Corporations. Examples and Explanations*. NY., 2006. P. 496 etc.

Из приведенного краткого обзора очевидны намерения разработчиков расширить круг ответственных лиц в корпоративных отношениях, а также расширить пределы корпоративной ответственности, что представляется верным направлением развития данной сферы. При обращении к англо-американскому праву следует учитывать, что при всей его кажущейся «либеральности» вопросы корпоративной ответственности получили в нем детальную разработку и в целом отражают гораздо более жесткий подход в определении круга лиц, несущих ответственность за действия юридического лица (на основании доктрины «снятия корпоративной вуали») либо за собственные действия от имени юридического лица (в случае нарушения фидуциарных обязанностей директорами). Лишь при адекватном толковании и понимании принципов и духа англо-американского права, оно может служить наряду с континентальным правом источником для восполнения правовых пробелов в российском правопорядке.

Т.В. Шенель,

д.ю.н., зав. кафедрой гражданского права,
Новосибирский государственный национальный исследовательский университет

Развитие научных воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича о видах гражданско-правовой ответственности в современных условиях

Многогранность научных изысканий профессора Г.Ф. Шершеневича проявляется в их распространении на большинство гражданско-правовых явлений. Значительный вклад ученый внес и в разработку теоретических основ гражданско-правовой ответственности и ее видов.

В зависимости от условий гражданско-правовой ответственности им выделялась ответственность за вину и ответственность независимо от вины (по терминологии Г.Ф. Шершеневича — чрезвычайная ответственность или ответственность за пределами правонарушения). Такая ответственность возлагалась на железнодорожные предприятия, товарные склады, предприятия фабрично-заводской, горной и горно-заводской промышленности. В качестве другого критерия разграничения видов ответственности назывался вид причиненного вреда: а) лишение жизни или повреждение здоровья, б) вред женской чести, в) личная обида, г) нарушение авторских прав. В зависимости от того, за чьи действия субъект нес ответственность, выделялась ответственность за собственные действия и ответственность за действия других лиц. К последнему виду ответственности ученый относил: а) ответственность лиц, обязанных иметь надзор над другими (родители и опекуны детей), б) ответственность лиц, исполняющих поручение других (господа и верители за действия слуг и поверенных), в) ответственность за совершение правонарушения в соучастии, г) ответственность наследника по долгам наследодателя. Четкого деления гражданско-пра-

овой ответственности по основанию возникновения на договорную и внедоговорную в то время не было.

В настоящее время в цивилистической литературе по основаниям возникновения гражданско-правовой ответственности традиционно выделяют два вида: договорную и внедоговорную. Основным критерием разграничения между ними обычно называют наличие (отсутствие) договорных отношений между правонарушителем и потерпевшим. Если они есть, возникает договорная ответственность, если нет — внедоговорная. К другим отличительным признакам этих видов ответственности относят императивность норм о внедоговорной ответственности и диспозитивность норм о договорной ответственности. Указывается на нарушение относительных прав при договорной ответственности и абсолютных прав — при внедоговорной ответственности т.д.

Однако есть основания полагать, что соотношение видов ответственности по основанию возникновения носит односторонний характер. Акцент делается на разграничении договорной и деликтной ответственности, которая всего лишь один, но далеко не единственный вид внедоговорной ответственности. Даже поверхностный анализ норм ГК РФ позволяет утверждать, что существует целая система видов внедоговорной ответственности, нормы о которой разрозненны:

1) значительная часть таких норм сосредоточена в гл. 59 ГК РФ об обязательствах из причинения вреда;

2) правила об ответственности содержатся в ряде статей гл. 60 о кондикционных обязательствах (п. 2 ст. 1104, ст. 1107 ГК РФ);

3) внедоговорной ответственности посвящены некоторые статьи о недействительных сделках (абз. 3 п. 1 ст. 171, п. 2 ст. 179 ГК РФ и др.);

4) в ГК РФ предусмотрены некоторые нормы о преддоговорной ответственности (п. 4 ст. 165, п. 5 ст. 429, п. 4 ст. 445 и др.);

5) в гл. 14 ГК РФ содержится упоминание о внедоговорной ответственности (п. 3 ст. 220, п. 4 ст. 227) и т.д.

К сожалению, в ГК РФ нет общих норм о внедоговорной ответственности, которые бы определяли ее условия и формы. Но содержание многочисленных специальных норм о внедоговорной ответственности позволяет сделать некоторые предварительные выводы об основании, условиях и форме внедоговорной ответственности:

1) основанием возникновения такой ответственности всегда является правонарушение с полным составом;

2) проявления противоправности поведения правонарушителя весьма многообразны: причинение вреда; неосновательное обогащение; недобросовестное поведение стороны в недействительной сделке или на стадии заключения договора и т.д.;

3) такая ответственность всегда наступает при наличии убытков;

4) ее обязательным условием является наличие вины стороны. Законодатель применительно к правонарушителю оперирует термином «недобросовестная сторона», каковой признается та, что знала или должна была знать о нарушении, т.е. действовала виновно;

5) по общему правилу формой внедоговорной ответственности являются только убытки, взыскание неустойки не предполагается. Хотя возможны исключения.

Поскольку общие нормы о внедоговорной ответственности в ГК РФ отсутствуют, возможно, названные виды ответственности подчиняются каким-либо общим нормам о гражданско-правовой ответственности?

В литературе применительно к деликтной ответственности высказано мнение, что при отсутствии в гл. 59 ГК РФ правил об ответственности, в частности о понятии вины причинителя вреда, нужно по аналогии применять ст. 401 ГК РФ (О.В. Дмитриева, А.В. Белов). Тем самым нормам гл. 25 придается характер общих по отношению к внедоговорной ответственности.

Мы не разделяем данную позицию. Договорная и деликтная ответственность существенно отличаются друг от друга. Различия наблюдаются в субъектном составе; в специфике условий ответственности, в том числе ответственности без вины; в основаниях освобождения от ответственности и уменьшения ее размера.

В арбитражной практике нет единого подхода к пониманию значимости гл. 25 ГК РФ для всех видов гражданско-правовой ответственности. С одной стороны, признается возможным применение норм гл. 25 ГК РФ только к договорной ответственности, при привлечении же к деликтной ответственности должны применяться только нормы о деликтах. Так, ВАС РФ в 1998 г., а затем в 2008 г. признал недопустимым применение ст. 393 ГК РФ к внедоговорным обязательствам. При определении убытков в качестве общей нормы должна рассматриваться только ст. 15 ГК РФ.

С другой стороны, п. 4 ст. 393 ГК РФ об учете мер, предпринятых для получения упущенной выгоды, и сделанных с этой целью приготовлений, арбитражные суды в большинстве случаев применяют и к внедоговорным обязательствам. Проценты по ст. 395 ГК РФ взыскиваются, как правило, независимо от наличия или отсутствия договорных обязательств.

Глава 25 ГК РФ, «претендующая» на роль общей, таковой не является, на что неоднократно обращалось внимание в цивилистической литературе. Она называется «Ответственность за нарушение обязательств». В нормах, содержащихся в этой главе, речь идет об ответственности за нарушение уже существующего обязательства. Деликтное или другое внедоговорное обязательство возникает только в момент причинения вреда или возникновения убытков, до этого момента оно не существует. Поэтому применение норм названной главы ГК РФ к случаям внедоговорной ответственности нельзя считать правомерным. Приходится констатировать, что в ГК РФ нет общих норм о гражданско-правовой ответственности.

Возможен иной подход — относить все виды внедоговорной ответственности к деликтной и применять к ним нормы о деликтах, как это сделано в западной доктрине. Однако при таком подходе остается без ответа масса вопросов: а) возможна ли внедоговорная ответственность без вины (кроме деликтной); б) каковы основания освобождения от внедоговорной ответственности и возможно ли уменьшение возмещения; в) применимы ли к внедоговорной ответственности правила о солидарной и субсидиарной ответственности и т.д.

В ГК РФ отсутствует институт, посвященный общим положениям о гражданско-правовой ответственности и ее видам, в том числе основанию и условиям возникновения, а также основаниям освобождения от ответственности, однако необходимость существования такого института не вызывает сомнений.

КРЕДИТНО-РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

А.Б. Афанасьев,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный исследовательский
университет

Комиссионное вознаграждение банка в договоре банковского вклада

Правоотношения, складывающиеся в процессе осуществления банковской деятельности, являются динамично развивающимися, достаточно сложными, нередко не вполне вписывающимися в действующее правовое регулирование, которое устанавливает канонические правила, идеальные для конкретной правовой конструкции. Изменяющиеся экономические отношения, и прежде всего в сфере банковских правоотношений, создают новые, достаточно оригинальные симбиозы, вызванные конвергенцией различных гражданско-правовых договоров, в значительной мере отличающихся от базовых договорных конструкций. На основе последних при практической реализации возникают новые правоотношения, отличные от целей, изначально предполагавшихся законодателем. К такого вида договорам следует отнести договор банковского вклада, заключаемый между банком и физическим лицом.

Действующие нормы гражданского права, давая определение договора банковского вклада (ст. 834 ГК РФ, ст. 36 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»), позволяют сделать вывод об односторонне обязывающем характере данной правовой конструкции. Поскольку выгодоприобретателем в данном договоре является банк, заинтересованный в привлечении денежных средств вкладчика, законодатель императивно устанавливает обязанность банка уплачивать проценты за возможность использовать денежные средства вкладчиков. Данный подход является правомерным в случае размещения вкладчиком денежных средств в банке и получения по вкладу дохода в виде процентов. В этом случае банк обязан в срок, установленный договором, вернуть вкладчику сумму размещенных в банке денежных средств и уплатить оговоренные проценты. Такое регулирование характерно для классической конструкции договора банковского вклада, когда правоотношение возникает только между банком и вкладчиком, без участия третьих лиц, по поводу денежных средств, принадлежащих вкладчику.

Для более полного понимания правоотношений, складывающихся между банком и вкладчиком, необходимо установить цель, которую преследует вкладчик, заключая данный договор. Анализ действующих правовых норм позволяет сделать вывод об основных экономических целях, который желает достичь физическое лицо при размещении денежных средств во вклад. Такими целями являются: во-первых, сохранение денежных средств посредством реализации права вкладчика потребовать от банка возврата размещенных во вклад денежных средств; во-вторых, обеспечение покупательной способности размещенных во вклад денежных средств

посредством получения процентов на вклад. При установлении банком в договоре банк вклада ставок значительно ниже уровня инфляции физическое лицо будет преследовать совершенно иную цель, чем получение дохода по вкладу.

На практике правоотношения между вкладчиком и банком могут быть гораздо более сложными, предусматривать возможность участия в них третьих лиц. Данные правоотношения могут возникать при осуществлении вкладчиком расчетов с третьими лицами по депозитному счету (получатели денежных средств), при зачислении на депозитный счет вкладчика денежных средств от третьих лиц (плательщиков). Открываемый банком на основании Инструкции № 28-И при заключении договора банковского вклада депозитный счет в данных правоотношениях фактически выполняет функцию текущего счета физического лица, поскольку по нему могут совершаться расчетные операции. Право вкладчика — физического лица осуществлять по депозитному счету операции вытекает из действующих правовых норм. Статья 37 Закона «О банках и банковской деятельности» прямо устанавливает право вкладчика на осуществление безналичных расчетов в соответствии с условиями договора. Аналогичный вывод следует и из анализа п. 3 ст. 834 ГК РФ, которая хотя прямо и не называет данное право вкладчика, но посредством субсидиарного применения гл. 45 ГК РФ позволяет физическим лицам совершать расчетные операции по депозитным счетам (устанавливая в то же время запрет на осуществление подобных операций для вкладчиков — юридических лиц).

В п. 3 ст. 834 ГК РФ предусматривается, что «к отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета (гл. 45), если иное не предусмотрено правилами настоящей главы или не вытекает из существа договора банковского вклада». Следовательно, в регулировании отношений между банком и вкладчиком имеется возможность субсидиарного применения норм, регулирующих банковский счет, если по депозитному счету, открываемому при заключении договора банковского вклада, совершаются определенные операции.

Таким образом, системное толкование действующих норм права позволяет сделать вывод о наличии права вкладчиков — физических лиц совершать по депозитному счету расчетные операции и субсидиарно применять к данным правоотношениям нормы главы 45 ГК РФ.

Согласно п. 1 ст. 851 ГК РФ «в случаях, предусмотренных договором банковского счета (субсидиарно-банковского вклада), клиент (субсидиарно — вкладчик) оплачивает услуги банка по совершению операций с денежными средствами, находящимися на счете». Обязанность клиента оплачивать услуги банка по совершению операций с денежными средствами обусловлена тем, что в данном случае клиент является выгодоприобретателем, которому банк оказывает услугу. В соответствии со ст. 841 ГК РФ банк должен зачислить на счет по вкладу денежные средства, поступившие в банк на имя вкладчика от третьих лиц с указанием необходимых данных о его счете по вкладу. В данном правоотношении помимо вкладчика и банка участвует третье лицо — плательщик, который не является стороной по договору банковского вклада. При зачислении на счет по вкладу вкладчика денежных средств от третьего лица банк, по сути, является посредником между ними, способствуя передаче денежных средств от должника (плательщика) кредитору

(получателю) вне зависимости от оснований платежа. Таким образом, при зачислении денежных средств, поступивших от третьего лица, на счет по вкладу имеет место самостоятельная услуга, которую банк оказывает вкладчику, предоставляя возможность получения платежа от третьих лиц. Предоставляя своему должнику (третьему лицу) сведения о счете по вкладу, вкладчик тем самым выражает не только согласие на получение денежных средств, но и выражает волеизъявление, направленное на исполнение основного денежного обязательства (между вкладчиком и третьим лицом) определенным образом, а именно посредством перечисления денежных средств на счет по вкладу. Налицо интерес вкладчика, отличный от природы и целей банковского вклада. По своей природе данное правоотношение не отличается от правоотношения, возникающего при заключении договора банковского счета, так как основной обязанностью банка является открытие физического лицу текущего счета, предназначенного для совершения расчетных операций, не связанных с предпринимательской деятельностью или частной практикой.

Применительно к договору банковского счета право банка на установление комиссионного вознаграждения (если это предусмотрено договором) не оспаривается, поскольку банк оказывает клиенту услугу — осуществляет расчетные операции. Представляется, что исходя из субсидиарного применения к банковскому вкладу нормы ст. 851 ГК РФ можно сделать вывод о правомерности взимания банком комиссионного вознаграждения за совершение расчетных операций по депозитному счету, в том числе и в случае выдачи со счета по вкладу денежных средств, полученных от третьего лица. На основании изложенного следует сделать вывод о том, что банк, осуществляя зачисление на счет по вкладу денежных средств от третьих лиц и выдавая их вкладчику, создает для клиента отдельное имущественное благо, не связанное с заключением сторонами договора банковского вклада, целью которого является сохранение денежных средств и получение дохода по нему в виде процентов годовых.

Вышеуказанный вывод о возможности взимания комиссионного вознаграждения с вкладчиков по договору банковского вклада, соотносится и с нормой абз. 3 ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности». Исходя из вышеизложенного, можно констатировать, что действующее законодательство, регулирующее договор банковского вклада, позволяет банку устанавливать комиссионное вознаграждение по операциям, осуществляемым по счету вклада (ч. 3 ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности»). Под операциями в данном контексте следует понимать зачисление от третьих лиц денежных средств на депозитный счет вкладчика и выдачу их со счета по требованию вкладчика либо перечисление на счета третьих лиц. Для установления возможности взимания банком комиссионного вознаграждения следует учитывать цель, которую преследует вкладчик при заключении договора. Свидетельством того, что депозитный счет будет использоваться вкладчиком на цели, не связанные с сохранением денежных средств, будет являться совокупность признаков. Во-первых, низкая процентная ставка по заключаемому срочному вкладу, не сопоставимая с уровнем инфляции. Во-вторых, поступление на счет физического лица денежных средств в связи с исполнением плательщиком (третьим лицом) своего денежного обязательства перед вкладчиком (оплата за выполненные работы, услуги, товары). В-третьих, непродолжительный срок нахождения денежных средств на депозитном счете физического лица после зачисления их

от третьих лиц. Все данные признаки в совокупности будут свидетельствовать об истинной цели заключения договора банковского вклада вкладчиком — осуществление расчетов по депозитному счету.

М.В. Лушникова,

д.ю.н., профессор,

Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова

Г.Ф. Шершеневич и развитие учения о банках

Учение о банках и денежном обращении принадлежит к числу межотраслевых и разрабатывается представителями как науки финансового права, так и науки гражданского права. Не случайно в известном учебнике Г.Ф. Шершеневича «Курс торгового права» в разделах «Деньги» и «Банкирские операции» имеются ссылки на труды финансистов М.П. Кашкарова, А.Н. Гурьева, А.Н. Миклашевского, а равно его коллег по Казанскому университету П.А. Никольского и В.Ф. Залесского, Г.А. Вацура. Упомянутые выше разделы Курса торгового права отличаются лаконичными и юридически выверенными определениями и классификациями денег как законного средства платежа в виде золотой монеты и бумажных денег; пределов и форм вмешательства государства в денежное обращение; роли и функций банков, взаимоотношений эмиссионных государственных банков и коммерческих банков. Очевидно, что научное общение и диспуты с коллегами сформировали взгляды ученого по вопросам банков и банковской деятельности. И насколько возможно, в рамках одной статьи обозначим преемственность этих научных изысканий с исследованиями наших современников.

В известном сборнике статей по гражданскому и торговому праву российских правоведов (М., 1915), изданном три года спустя после смерти Г.Ф. Шершеневича и посвященном его памяти, обращает на себя внимание труд профессора Петроградского университета А.И. Каминки «Банки эмиссионные и краткосрочного кредита». А.Г. Гойхбарг в своей рецензии на этот сборник статей отметил, что она относится «скорее к области политики, нежели к области торгового права».

Однако, на наш взгляд, данная статья во многом затрагивает проблемы торгового права, так как речь шла о пределах государственного вмешательства и пределах ограничения автономии коммерческих банков со стороны правительства и эмиссионного государственного банка, о нормировке деятельности банков, введения их публичной отчетности особенно в период экономических кризисов. Отметим, что Г.Ф. Шершеневич в своем «Курсе торгового права», в разделе, посвященном банкам и банкирским сделкам, писал: «Возрастающее влияние банков на всю народнохозяйственную жизнь вызывает необходимость государственного вмешательства, сдерживающего силу фактической монополии. Здесь открывается путь для банковского законодательства. Чем дальше пойдет концентрация банковского дела и чем сильнее будет вмешательство государства, тем настойчивее станет вопрос о сосредоточении всего банковского дела в руках государства». Г.Ф. Шершеневич рассматривал также экономическое значение банков, разграничивал их по организации на государственные,

общественные и частные, в сравнительно правовом ключе писал об истории развития банков в России.

Сегодня в российской юридической науке остаются дискуссионными проблемы самостоятельности отрасли банковского права в системе отраслей российского права. Некоторые ученые рассматривают банковское право как подотрасль предпринимательского права. Однако растут ряды сторонников признания банковского права как самостоятельной комплексной отрасли права, регулирующей вертикальные (публичные) отношения ЦБ РФ и коммерческих банков, а также горизонтальные (имущественные) отношения коммерческих банков и клиентов. В этой связи обосновываются и рекомендации законодателю о принятии Банковского кодекса. Не вдаваясь в эту дискуссию, отмечу, что комплексные отрасли права есть искусственные правовые образования. Они не имеют права на существование, поскольку в этом случае нельзя вести речь о единстве предмета, метода и принципов, т.е. основных системообразующих факторов отрасли. Комплексной может быть только отрасль законодательства, включающая нормы различных отраслей права, объединенных сферой регулирования — банковская деятельность. Уместно вспомнить вышепрозвучавшую цитату Г.Ф. Шершеневича, который писал именно о «банковом законодательстве».

Последний из пережитых нами мировых финансовых кризисов, кризис 2008—2010 гг., подтвердил прозорливость выводов о том, что «благодаря современному развитию банковского дела, как бы не были солидны банки краткосрочного кредита, все равно в критические для политической или экономической жизни страны моменты, они не могут справиться без посторонней помощи, которую может им оказать в такие минуты только эмиссионный банк, правильно признаваемый поэтому немцами конечной гарантией ликвидности банков краткосрочного кредита».

В 2008 г. принимается ряд законов, направленных на поддержку и укрепление стабильности банковской системы России. Государственная поддержка коммерческих банков включала целый ряд конкретных мероприятий: предоставление Банком России российским кредитным организациям кредита без обеспечения; использование государственных ценных бумаг РФ для повышения капитализации банков; участие государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» в осуществлении мер по предупреждению банкротства банков; рефинансирование валютных кредитов при посредничестве российских банков; введение безналогового кредитования банков со стороны Банка России. Сегодня специалисты неоднозначно оценивают эффективность государственного регулирования банковского сектора в условиях финансового кризиса. В частности, отмечаются неравные конкурентные условия доступа банков к государственным ресурсам, предоставление чрезмерных преференций крупным банкам в ущерб устойчивым региональным банкам. Но очевидно одно, как писал А.И. Каминка, «когда эти «кредитные деньги», т.е. всякого рода ценные бумаги, выпускаемые банками, обесцениваются, их место должны заменить государственные бумаги». Своевременно звучат выводы ученого о том, что «нельзя избежать периодов депрессии в народном хозяйстве, нельзя избежать и денежного расстройства. Но необходимо заранее знать, что придется делать в такую минуту и к этому времени необходимо соответственно подготовиться».

Проблема эффективности правового регулирования антикризисных мер 2008—2010 гг. по кредитованию и рефинансированию банков, изменению нормативов

обязательных резервов банков, обмен облигаций федерального займа на привилегированные акции банков, назначению уполномоченных представителей Банка России в кредитные организации и другие инструменты денежно-кредитной политики государства ждут еще своих исследователей, равно как и вопросы банковского контроля и надзора.

Поскольку речь идет о Центральном банке и его роли в банковской системе, нельзя обойти вниманием острую дискуссию о его правовом статусе. В современных исследованиях диапазон суждений на сей счет весьма широкий. ЦБ РФ причисляют к государственным органам власти или к государственным учреждениям с особым статусом либо относят к некой четвертой самостоятельной ветви власти — «денежной власти». Но в последнее время в связи с активизацией исследований проблем юридических лиц публичного права все чаще звучат предложения о необходимости законодательного закрепления этого института, который адекватно отражает правовой статус ЦБ РФ, государственных корпораций, внебюджетных государственных социально-страховых фондов. Сама теория деления юридических лиц на частные и публичные была на вооружении ученых-юристов XIX в., о таком делении писал и Г.Ф. Шершеневич, а среди юридических лиц публичного права он ставил на первое место казну.

Н.В. Сыропятова,

соискатель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный исследовательский
университет, преподаватель АНО «Юридический колледж при ПГУ»

К вопросу о понятии и значении безакцептного (беспорного) списания денежных средств с банковских счетов

Определение понятия безакцептного (беспорного) списания денежных средств с банковских счетов на сегодняшний день является затруднительным. Существуют различные точки зрения по поводу соотношения этих терминов. Достаточно часто они отождествляются и используются как взаимозаменяемые. Безакцептное (беспорное) списание денежных средств является предметом регулирования различных отраслей права. Но ни в одной отрасли нет легального определения данного института. Из буквального толкования термина «безакцептное списание» следует, что это списание денежных средств со счета без акцепта, т.е. согласия, его владельца. Термин «беспорное списание» можно рассматривать, как списание средств со счета при отсутствии какого-либо спора. Хотя использование данного термина является достаточно условным, так как любое списание может быть оспорено в судебном порядке.

В гражданском праве достаточно часто понятие безакцептное (беспорное) списание денежных средств подменяют понятием списание денежных средств, находящихся на счете, без распоряжения клиента, которое содержится в ч. 2 ст. 854 ГК РФ. Согласно данной статье без распоряжения клиента списание денежных средств, находящихся на счете, допускается по решению суда, а также в случаях, установлен-

ных 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.

Как уже было отмечено, достаточно часто безакцептное и бесспорное списание отождествляют. Хотя определенные отличия можно выделить.

Действующее ранее Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации № 2-П (далее – Положение № 2-П) в п. 8.2 предусматривало, что 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 бесспорном порядке). То есть списание денежных средств в безакцептном и бесспорном порядке было предусмотрено на основании различных расчетных документов. При этом Положение № 2-П использовало как термин «безакцептное списание», так и термин «бесспорное списание».

19 июня 2012 г. Банк России принял Положение «О правилах осуществления перевода денежных средств» № 383-П (далее – Положение № 383-П). Как отмечает Л. Ефимова, основной концептуальный недостаток – перенос правового регулирования с безналичных и электронных расчетов на правовое регулирование их части – перевода денежных средств (перевода электронных денежных средств).

Принятие нового акта породило новые вопросы. Положение № 383-П расчеты инкассовыми поручениями и расчеты в форме перевода денежных средств по требованию получателя средств (прямое дебетование) относит к отдельным формам безналичных расчетов, хотя с позиции гл. 46 ГК РФ это разновидности расчетов по инкассо. Более того, п. 2.9.1 Положения № 383-П предусматривает возможность прямого дебетования на условиях заранее данного акцепта, предусмотренного договором банковского счета. Расчеты инкассовыми поручениями могут быть также предусмотрены договором банковского счета, что практически отождествляет данные формы расчетов.

Стоит обратить внимание, что в публичных правоотношениях преимущественно используют категорию бесспорное 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 (бесспорного) списания. Одна из них заключается в том, что поскольку основанием для применения безакцептного (бесспорного) списания денежных средств, как правило, является неисполнение или ненадлежащее исполнение должником своих обязательств, то юридическим фактом применения безакцептного (бесспорного) списания является правонарушение. В этом смысле безакцептное (бесспорное) списание совпадает со способами защиты гражданских прав. И данный институт может быть отнесен к мерам оперативного воздействия. Существует мнение, что безакцептное (бесспорное) списание можно рассматривать как способ обеспечения исполнения обязательств. Данная точка зрения представляет особый интерес. Перечень способов обеспечения обязательств, закрепленный в гл. 23 ГК РФ, не является исчерпывающим. 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. 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 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. т.е. 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. При этом кредиторы могут злоупотреблять правом на безакцептное списание.

При рассмотрении безакцептного списания в качестве способа обеспечения сложности возникают и с тем, что при заключении соглашения о безакцептном списании у должника остается право расторгнуть договор банковского счета и открыть счет в другой банке, что повлечет за собой невозможность безакцептного списания. Либо в договор банковского счета могут быть внесены изменения, запрещающие безакцептное списание денежных средств со 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 оформление 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.

Особый интерес исследование института безакцептного (беспорного) списания приобретает в связи с вероятностью появления новых видов банковских счетов в РФ.

А.Е. Шерстобитов,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского права,
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

Проблемы совершенствования правового регулирования кредитных отношений и модернизация Гражданского кодекса РФ

Тенденция к усилению частноправовых начал, направленная на либерализацию требований, предъявляемых к участникам кредитных отношений, а также на усиление начал диспозитивности в их деятельности, проявляется в целом ряде новелл, предложенных в проекте федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»¹ (далее — Проект).

Так, при займе эта тенденция основана на необходимости расширения возможностей предоставления денежных средств, прежде всего для предпринимательской деятельности, и связана с внедрением в классическую конструкцию займа как реальной сделки консенсуальных начал. Согласно п. 1 ст. 807 Проекта по договору займа одна сторона (займодавец) передает *или обязуется передать* в собственность другой стороне (заемщику) наличные деньги или безналичные денежные средства либо определенные родовыми признаками вещи, документарные или бездокументарные ценные бумаги, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму наличных денег или безналичных денежных средств (сумму займа) или равное количество полученных им вещей того же рода и качества либо ценных бумаг того же рода.

Применение консенсуальной модели возможно, по мысли разработчиков, только если займодавцем в договоре займа выступает юридическое лицо, поскольку гражданин-займодавец может быть участником лишь такого договора займа, который считается заключенным с момента передачи или поступления в распоряжение за-

¹ См.: Проект № 47538-6 федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации», подготовленный ко второму чтению // СПС «КонсультантПлюс».

емщика иным образом суммы займа или другого предмета, т.е. исключительно реальной сделки. Учитывая, что смысл указанной либерализации главным образом обращен к усилению свободы предпринимательской деятельности, следовало бы распространить консенсуальную модель займа на индивидуальных предпринимателей.

Согласно п. 3 ст. 807 Проекта займодавец, который заключил консенсуальный договор займа, вправе отказаться от исполнения договора полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем не будет возвращен в срок. В свою очередь заемщик по такому договору вправе отказаться от получения займа полностью или частично, уведомив об этом займодавца до установленного договором срока передачи предмета займа, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором займа.

В настоящее время в действующей ст. 821 ГК РФ такое правило установлено только для кредитного договора. Нормы, включенные в п. 3 ст. 807 Проекта, в системной связи с изменениями, вносимыми в ст. 821 Проекта, свидетельствуют об установлении единого правового регулирования возникновения и прекращения (по своей сути значительно более либерального) для консенсуальной модели займа и кредитного договора.

С усилением начал диспозитивности, а следовательно, частноправовых начал связано изменение в Проекте требований к предметной определенности договора факторинга. Согласно п. 1 ст. 824 Проекта по договору финансирования под уступку денежного требования (факторинга) финансовый агент обязуется совершить в пользу клиента не менее двух следующих действий, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки: 1) передать ему денежные средства в счет денежных требований, в том числе в форме займа или предварительного платежа (аванса); 2) оказать услуги по учету денежных требований (дебиторской задолженности); 3) оказать услуги по управлению денежными требованиями (дебиторской задолженностью), в том числе по предъявлению денежных требований должникам к оплате, услуги по сбору с должников платежей и проведению расчетов, связанных с денежными требованиями; 4) оказать услуги в отношении обеспечения исполнения обязательств должников.

При этом сочетания услуг, не включающие первый вариант, вполне могут исключать цели кредитования клиента финансовым агентом, что подтверждается п. 3 ст. 824 Проекта о том, что денежные требования могут быть уступлены клиентом с целью оказания финансовым агентом клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки. В связи с этим если уступка денежного требования осуществлена именно в целях оказания финансовым агентом клиенту услуг, связанных с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, финансовый агент обязан представить отчет клиенту и передать ему все суммы, полученные во исполнение уступленных денежных требований, а клиент обязан оплатить оказанные услуги (п. 3 ст. 831 Проекта).

Этим же целям служат: распространение возможности определять в договоре факторинга порядок распределения денежных средств в дополнение к обеспечительной уступке и на случаи, когда целью договора является приобретение денежных средств финансовым агентом; указание в п. 1 ст. 826 Проекта на то, что предметом уступки может быть денежное требование, по которому основание для получения денежных средств возникнет в будущем, т.е. по договорам клиента с третьими лицами, которые будут заключены в будущем, а также на возможность уступки совокупности денежных требований, вытекающих из различных оснований (оптовая уступка).

Вместе с тем в ряде положений применительно к договору займа в Проекте вводятся правила, имеющие целью обеспечение тенденции к усилению публично-правовых начал, связанных в первую очередь с повышением уровня защиты слабой стороны и последовательным проведением в жизнь принципа добросовестности¹. В подтверждение последнего можно привести п. 5 ст. 809 Проекта, согласно которому размер процентов по договору займа, заключенному между гражданами, значительно превышающий обычно взимаемые в подобных случаях проценты и поэтому являющийся чрезмерно обременительным для должника (ростовщические проценты), может быть уменьшен судом до размера процентов, обычно взимаемых при сравнимых обстоятельствах.

Примером повышения уровня защиты слабой стороны является новая редакция п. 2 ст. 810 Проекта, который устанавливает, что, если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Сумма займа, предоставленного под проценты, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца, однако такое согласие не требуется, если заем предоставлен гражданину для целей, не связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности.

Следует напомнить, что в действующей редакции п. 2 ст. 810 ГК РФ сумма займа, предоставленного под проценты заемщику-гражданину для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, может быть возвращена заемщиком-гражданином досрочно полностью или по частям при условии уведомления об этом займодавца не менее чем за 30 дней до дня такого возврата. При этом договором займа может быть установлен и более короткий срок уведомления займодавца о намерении заемщика возвратить денежные средства досрочно.

Еще одним примером такого рода может служить новая редакция ст. 821 Проекта. В Проекте предлагается включить в данную статью специальные нормы, посвященные потребительскому кредиту, т.е. предоставлению по кредитному договору кредитной организацией денежных средств заемщику-гражданину исключительно для личных, семейных, домашних или иных нужд, не связанных с предпринимательской деятельностью, в размере и на условиях, предусмотренных договором.

Механизмами, призванными сбалансировать неравное экономическое положение заемщика, являющегося потребителем, и кредитной организации, выступают: во-первых, преддоговорные обязанности последней по информированию потребителя до заключения договора о порядке, сроках и условиях предоставления кредита, размере процентов за пользование кредитом, всех иных платежах по договору и других обстоятельствах, влияющих на стоимость потребительского кредита, порядке и сроке возврата кредита (или графике платежей по договору) и последствиях их нарушения заемщиком, а также по предоставлению ему иной информации, предусмотренной законом.

Во-вторых, такого рода механизмами следует считать право на односторонний отказ потребителя от договора потребительского кредита, которое он может реализовать как в случае несоблюдения кредитной организацией требований о предоставлении информации до заключения договора, так и в случае отсутствия каких бы то ни было нарушений со стороны кредитной организацией после его заклю-

¹ С 1 марта 2013 г. принцип добросовестности действует в гражданском праве в качестве общео-раслевого (п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ в редакции Федерального закона от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ).

чения в течение льготного срока (14 дней со дня наступления предусмотренного договором срока предоставления кредита).

Односторонний отказ в первом случае снабжен пресекательным сроком в один год со дня выдачи кредита. При этом потребитель обязан возвратить сумму полученного кредита и уплатить проценты за время фактического пользования кредитом в размере ставки рефинансирования. Во втором случае 14-дневный срок, предоставленный потребителю, также должен быть квалифицирован как пресекательный, а односторонний отказ потребителя от договора сопровождается его обязанностью возвратить полученную сумму кредита с процентами за время фактического пользования им. При этом заемщик, не отказавшийся от договора потребительского кредита, сохраняет право на досрочное исполнение договора потребительского кредита в соответствии с п. 2 ст. 810 ГК РФ (в редакции Проекта).

В-третьих, применение в части, не урегулированной ст. 821 Проекта, к отношениям по договору потребительского кредита норм закона о потребительском кредите¹ и законодательства о защите прав потребителей. Это означает, в частности, что на отношения по потребительскому кредиту должны распространяться гл. 1 и 4 Закона о защите прав потребителей.

Общий вывод: коммерциализация ГК РФ как общая тенденция в сфере кредитных отношений сопровождается усилением публично-правовых начал для достижения баланса интересов участников гражданского оборота при наличии дисбаланса в их экономическом положении.

ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

С.А. Барышев,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Казанский филиал Российской академии правосудия

Генезис договорных конструкций российского авторского права в трудах Г.Ф. Шершеневича: сравнительно-исторический аспект

Развитие договорных конструкций в российском авторском праве теснейшим образом связано с развитием российского законодательства в целом. Практически каждое изменение в системе правового регулирования российского гражданского права, и тем более авторского права, приводило со всей неизбежностью к самым существенным изменениям в системе договорного использования творческих произведений. Поэтому система договоров в сфере авторского пра-

¹ 30 марта 2012 г. на сайте Министерства финансов РФ опубликован очередной проект федерального закона «О потребительском кредите» (<http://www1.minfin.ru/ru/legislation/projorders/>). Следует заметить, что проекты федерального закона «О потребительском кредите» неоднократно рассматривались Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и неизменно получали отрицательную оценку.

ва также менялась самым радикальным образом. Менялись не только нормы законодательства, регламентировавшие отдельные условия авторского договора. Изменениям подвергались положения о предмете таких договоров, их классификация, наименование, критерии отграничения их от смежных гражданско-правовых договоров и в конечном итоге их юридическая сущность. Анализ развития договорного регулирования отношения в сфере использования творческих произведений свидетельствует о том, что, с одной стороны, понятие и юридическая сущность договоров, опосредующих использование творческих произведений в гражданском праве Российской империи, советском гражданском праве, а также в современном российском праве существеннейшим образом отличаются. В то же время договорные конструкции, разрабатываемые в конце XIX — начале XX в. в российском авторском праве находят свое отражение в современном российском законодательстве.

Одним из российских ученых, оставивших наиболее значительный след в науке авторского права является, безусловно, Г.Ф. Шершеневич. Как указывается в его исследовании, российское законодательство в конце XIX — начале XX в. понимало под авторским договором соглашение, по которому автор уступал другому лицу свое авторское право на литературное произведение, в том числе право размещать данное произведение в собрании своих произведений. Кроме того, российский законодатель того времени предусматривал особую форму для такого рода договора. Такой договор должен был иметь форму нотариального акта, а для использования произведения после смерти автора приобретателю необходимо было сделать заявление о переходе к нему авторского права в течение года после смерти автора. Таким образом, российское законодательство предусматривало, что согласно авторскому договору автор уступает приобретателю фактически все авторское имущественное право на данное литературное произведение в полном объеме на срок, указанный в договоре. При этом для передачи авторского права целиком не требовалось никаких дополнительных оговорок. Подобная уступка авторских прав предусматривалась самим существом такого рода договора.

В то же время российское право того времени предусматривало существование такого вида договора, как издательский договор. Согласно данному договору автор передавал издателю право на издание литературного произведения, а издатель брал на себя обязанность по изданию и распространению данного произведения за свой счет с выплатой автору соответствующего вознаграждения. Как указывал Г.Ф. Шершеневич, передача права издания по издательскому договору отличается от передачи самого авторского права. Передавая издателю право печатания и распространения сочинения, автор сохраняет за собой авторское право. Поэтому к издателю переходят только те права, которые необходимы для издания. Соответственно, передача прав по авторскому договору отличалась от передачи права на издание тем, что по издательскому договору издатель получал лишь исключительное право на издание литературного произведения, а по авторскому договору к приобретателю переходило все авторское право в полном объеме.

Развитие договорных конструкций в советском авторском праве также отличалось известным своеобразием. Согласно Постановлению ВЦИК и СНК РСФСР от 8 октября 1928 г. издательский договор трактовался как договор, по которому

автор уступает (отчуждает) издателю исключительное право на издание произведения, а издатель в свою очередь обязуется издать и распространить данное произведение. Уступка авторского права другим издательствам допускалась лишь по издательскому договору и на определенный срок. Таким образом, характерной особенностью раннего советского законодательства была определенная преемственность и использование опыта ранее действовавшего российского законодательства, что проявлялось и в использовании категории уступки права на издание произведения, так и возможности неограниченной уступки авторского права некоторым видам организаций. В то же время советское законодательство рассматриваемого периода оперирует лишь понятиями издательского и постановочного договора, практически не используя термин «авторский договор».

Дальнейшая эволюция правового регулирования договоров в сфере авторского права нашла свое отражение в ГК РСФСР 1964 г. Уже в первоначальной его редакции вводится понятие авторского договора. Сущность такого договора заключалась в том, что автор не уступал права, а передавал организации произведение для использования лишь оговоренным в договоре способом. После изменений, внесенных Постановлением Президиума Верховного Совета РСФСР от 1 марта 1974 г., единое определение авторского договора было упразднено. В советское авторское право были введены два вида договора: собственно авторский договор о передаче произведения для использования и авторский лицензионный договор, посредством которого автор предоставлял организации право использовать произведение, в том числе путем его перевода или переработки на определенных договором условиях. В это же время в юридической литературе, например в трудах М.И. Никитиной, получила определенное распространение концепция, в соответствии с которой автор не передавал произведение или права на него, а лишь разрешал организации использовать его произведение определенным образом. Данная концепция не противоречила действовавшему на тот момент законодательству, которое с учетом положений множества имевшихся на тот момент типовых договоров, не предусматривало полной передачи прав на произведение как на объект авторского права.

Радикальные изменения в правовой системе, в том числе в авторском праве, произошедшие в начале 90-х годов прошлого века, в частности сближение авторского законодательства с требованиями международных актов, привели к появлению в российском авторском праве двух видов авторских договоров: авторского договора о передаче неисключительных прав и авторского договора о передаче исключительных прав. Данная концепция, в целом полностью соответствовавшая дуалистической теории авторского права, основывалась на невозможности полной и одномоментной передачи исключительного имущественного авторского права от автора к пользователю. В то же время она не отрицала возможности перехода к пользователю исключительного имущественного права на определенный срок на условиях, при которых никто, кроме данного пользователя, не мог использовать произведение способами, указанными в договоре, в течение срока его действия.

Дальнейшее развитие теории авторского договора нашло свое отражение в действующей на данный момент части четвертой ГК РФ, которая в очередной раз радикально изменила подход к правовому регулированию авторского договора. В рос-

сийском авторском праве появился договор об отчуждении исключительного авторского права, предусматривающий полную уступку автором своих имущественных прав на произведение, а также авторские лицензионные договоры о предоставлении исключительной либо неисключительной лицензии.

Проведенный нами краткий анализ развития договорных конструкций в российском авторском праве позволяет сделать вывод о том, что, несмотря на драматичные и кардинальные изменения, имевшие место в правовой системе Российской Федерации, и советское, и современное российское авторское право используют опыт науки и законодательства в сфере авторского права России. Не случайно советское законодательство на первоначальном этапе своего развития оперировало понятием уступки авторского права, а затем предусматривало наличие издательского договора, по своему содержанию практически совпадавшего с положениями издательского договора, использовавшимися Г.Ф. Шершеневичем. Развитие же авторского права на современном этапе привело к практическому возвращению возможности полной уступки авторского имущественного права, существовавшей ранее в России.

И.А. Близнец,

д.ю.н., профессор,

ректор Российской государственной академии

интеллектуальной собственности,

действительный государственный советник 3-го класса;

И.С. Мухамедшин,

к.ю.н., профессор,

зав. кафедрой гражданского и предпринимательского права,

Российская государственная академия интеллектуальной собственности

Проблемы и перспективы создания и функционирования регионального рынка прав на интеллектуальную собственность (на примере Республики Татарстан)

Постановлением Кабинета Министров Республики Татарстан от 15 января 2013 г. № 11 утверждена Долгосрочная целевая программа «Развитие рынка интеллектуальной собственности в Республике Татарстан на 2013–2020 годы». В качестве целей программы обозначены формирование действенного механизма получения экономических преимуществ от научно-технической, инновационной и производственной деятельности, повышение конкурентоспособности республиканских товаропроизводителей на отечественном и зарубежном рынках за счет эффективного управления интеллектуальной собственностью.

Содержание работ на первом этапе реализации Программы (2013–2015 гг., краткосрочная перспектива) — формирование организационно-правового механизма создания рынка интеллектуальной собственности.

Согласно «Толковому словарю русского языка» С.И. Ожегова¹ рынок — это сфера товарного обращения, товарооборота. Определение товарного рынка приводится в ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции», согласно которой товарный рынок — сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее — определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность или целесообразность отсутствует за ее пределами. Российский законодатель в ст. 4 Закона «О защите конкуренции» включил работу и услугу в понятие товар как объект гражданских прав, предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Возникает вопрос: является ли интеллектуальная собственность товаром?

В соответствии с п. 4 ст. 129 ГК РФ результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (т.е. интеллектуальная собственность по смыслу п. 1 ст. 1225 ГК РФ) не могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому. Иными словами, интеллектуальная собственность по российскому законодательству не может быть товаром, т.е. объектом оборота на товарном рынке².

Вместе с тем права на интеллектуальную собственность, а также материальные носители, в которых она выражена, могут отчуждаться или иными способами переходить от одного лица к другому в случаях и в порядке, установленных ГК РФ (п. 4 ст. 1225).

Таким образом, согласно законодательству РФ, объектами оборота могут быть, во-первых, интеллектуальные, в частности исключительные, права; во-вторых, материальные носители (т.е. вещи, товар), в которых воплощены результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

В соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции РФ и п. 1 ст. 3 ГК РФ гражданское законодательство составляет предмет исключительной федеральной компетенции. Ни органы субъектов Российской Федерации, ни органы местного самоуправления не могут принимать никакие нормативные акты, содержащие нормы гражданского права.

Согласно п. 3 ст. 1 ГК РФ товары, услуги и финансовые средства *свободно перемещаются на всей территории РФ* (выделено нами. — И.Б. и И.М.). Таким образом, можно говорить о формировании товарного рынка, рынка услуг, рынка финансовых средств.

Материальные носители, в частности, устройства и вещества, в которых воплощены результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, являются объектом регулирования товарных рынков.

Поскольку интеллектуальные права как объект оборота обособлены российским законодательством от материальных носителей, они являются объектом регулирования особого рода рынка — рынка интеллектуальных, в частности исключительных, прав. В юрисдикциях, где под интеллектуальной собственностью понимаются права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные

¹ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / под ред. Л.И. Скворцова. М., 2009. С. 556.

² Ошибочной представляется, в частности, характеристика рынка интеллектуальной собственности, содержащаяся в монографии: Арсланов В.А., Газизов И.С., Хоменко В.В. Региональный рынок интеллектуальной собственности. Казань, 2011. С. 40–44 и др.

к ним средства индивидуализации, такие рынки вправе именоваться рынками интеллектуальной собственности.

Если следовать принципу аналогии, под рынком интеллектуальных прав следует понимать сферу обращения интеллектуальных прав, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести право, и такая возможность или целесообразность отсутствует за ее пределами. Поскольку интеллектуальные права действуют на всей территории Российской Федерации, возникает вопрос: не нарушает ли формирование соответствующего регионального рынка (в частности, рынка в Республике Татарстан) принцип единого экономического пространства? Аналогичный вопрос возникает при анализе нормы, содержащейся в п. 3 ст. 1235 ГК РФ, согласно которой в лицензионном договоре должна быть указана территория, на которой допускается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации¹.

Создание и функционирование рынка интеллектуальной собственности в регионе не могут и не должны быть ориентированы на разрешение использования интеллектуальной собственности на территории только региона и ограничение использования интеллектуальной собственности, правообладателями которой являются нерезиденты соответствующего региона.

Любой рынок формируется и функционирует благодаря наличию спроса и предложения на использование определенного продукта (в рассматриваемом случае — интеллектуального продукта). Вероятнее всего, спрос на получение интеллектуальных прав на использование определенной интеллектуальной собственности будет формироваться субъектами предпринимательской деятельности, в частности, производителями товаров, заинтересованными в повышении их конкурентоспособности на товарном рынке. Предложение в большей степени будет исходить от научно-исследовательских, опытно-конструкторских, академических и образовательных учреждений, не располагающих производственной базой и не способных самостоятельно использовать созданный интеллектуальный продукт.

Деятельность сформировавшихся в России товарных рынков и рынков ценных бумаг трудно представить без создания соответствующих бирж. Под биржей понимается учреждение для заключения финансовых и коммерческих сделок². Функционирование бирж законодательно закреплено (в частности, Закон РФ от 20 февраля 1992 г. «О товарных биржах и биржевой торговле», Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. «О рынке ценных бумаг»).

Согласно ст. 2 Закона РФ «О товарных биржах и биржевой торговле» под товарной биржей понимается организация с правами юридического лица, формирующая оптовый рынок путем организации и регулирования биржевой торговли, осуществляемой в форме гласных, публичных торгов, проводимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным ею правилам.

В соответствии со ст. 11 Федерального закона «О рынке ценных бумаг» фондовой биржей признается организатор торговли на рынке ценных бумаг, отвечающий требованиям, установленным законом.

¹ См.: Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. М., 2009. С. 101.

² Ожегов С.И. Указ. соч. С. 53.

Таким образом, действующее законодательство о товарных и фондовых биржах определяет их основные признаки и функции. Это юридические лица, формирующие соответствующий рынок путем организации и регулирования биржевой торговли. В качестве биржи интеллектуальных прав могла бы выступить соответствующая организация, способная организовать соответствующую биржевую деятельность путем учета предложения интеллектуальных прав и спроса на определенные интеллектуальные права.

Прообразом региональной биржевой площадки интеллектуальных (в частности, исключительных) прав мог бы стать Центр интеллектуальной собственности Республики Татарстан, создание которого предполагается на базе государственного унитарного предприятия Республики Татарстан «Татарстанский центр научно-технической информации».

Эффективному функционированию Центра интеллектуальной собственности Республики Татарстан может способствовать создание на его базе Центра поддержки технологий и инноваций, являющегося инновационной структурой без статуса юридического лица, на основании Соглашения с Федеральным государственным бюджетным учреждением «Федеральный институт промышленной собственности».

Н.А. Боровинская,

доцент кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет;

И.В. Боровинская,

ст. преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Развитие законодательства о селекционных достижениях: историко-правовой аспект

Элементы селекции как науки встречаются уже в работах ученых XVIII – середины XIX в. Это относится к трудам Кельрейтера, Найта, Гертнера, Нодена, Римпау и др. В это время создавались первые селекционные учреждения, вводилось преподавание селекции в высшей школе, появились учебники, специальные журналы.

С момента образования Киевского княжества и до конца XIX в. Русь, а затем Россия считалась сельскохозяйственной державой. В результате экономического развития в пореформенный период (особенно промышленного подъема 90-х годов XIX в.) окончательно сложилась система российского капитализма.

Неэффективное использование сельскохозяйственных угодий было связано с упорным воспроизведением устаревших представлений о смысле и задачах земледельческого труда. В большинстве сельских обществ крестьяне выращивали те же культуры, что их деды и прадеды. Между тем способы производства, характерные для натурального хозяйства, становились нецелесообразными в новых условиях, когда появились неизвестные ранее возможности сбыта продукции. Осознать преимущества изменившейся ситуации удавалось не всем и не сразу.

Разумеется, никакими правительственными мерами нельзя было сломать инертное экономическое мышление большинства землевладельцев, но можно было создать более благоприятные условия для тех, кто нуждался в устранении препятствий, а не в государственной опеке. Главным препятствием было не помещичье землевладение, а консервация общины. Искусственное сохранение коллективного землепользования ставило крестьян в заведомо невыгодное положение в условиях разворачивавшейся конкуренции и обрекало на прозябание большинства владельцев общинных наделов.

Сторонники сохранения общины — и в правительственных кругах, и из числа оппозиционеров — оказались неспособными реально оценить ситуацию и предвидеть последствия длительного существования сельских обществ, стесненных внешними и внутренними ограничениями, к тому же в условиях интенсивной индустриализации.

Таким образом, Россия вступила на путь модернизации с отставанием от Западной Европы. Противоречия в развитии российской экономики были связаны именно с недостаточностью втягивания ее отдельных секторов в модернизацию. Серьезным препятствием на пути экономического развития являлись самодержавие и политическое засилье дворянства.

Российское дореволюционное законодательство не содержало каких-либо правовых норм, непосредственно направленных на правовую охрану селекционных достижений. Однако в его рамках предусматривалась возможность правовой охраны изобретений в сфере промышленности и сельского хозяйства, основу которого составляло предоставление привилегий. Выдача указанных привилегий регламентировалась патентным законодательством.

В связи с этим необходимо добавить, что охрана изобретений в России уходит своими корнями в XVI–XVII вв. Ее юридическая форма возникла на основе феодальной «привилегии» и еще долго сохраняла природу выдававшихся монаршей милостью «жалованных грамот». Грамоты выдавались, к примеру, на заведение мануфактур. Манифест от 17 июня 1812 г. «О привилегиях на разные изобретения и открытия в художествах и ремеслах», подписанный Александром I, представлял собой, по сути, первый патентный закон в России, благодаря которому, первоначальная стадия охраны изобретений приобрела завершенную юридическую форму. Впервые в России было определено, что владелец изобретения имеет исключительное право использовать изобретение сам и передавать право использования другим лицам. Позднее на смену понятию «привилегия» пришло понятие «патент».

В юридической литературе в течение длительного времени шел спор о месте и характере правового регулирования отношений в области селекции растений и животных. Должны ли они регламентироваться гражданским (нормами изобретательского права) или специальным законодательством? Следует отметить, что идея консолидации и систематизации законодательных норм об интеллектуальной собственности в одном нормативно-правовом акте неоднократно обсуждалась в отечественной цивилистике. Известно, что еще проект Гражданского уложения Российской империи в разд. VII и VIII кн. III содержал положения, посвященные правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации производителей и их товаров. Вместе с тем уже на рубеже XIX–XX вв. профессор Г.Ф. Шершеневич писал, что «с тех пор, как положительные законодательства

приняли это злополучное право под свою защиту, оно носится по горизонту науки без всякого определенного назначения, подобно птице, высматривающей место, куда ей удобнее было бы спуститься».

Принадлежность норм права, регулирующих данную сферу общественных отношений, к аграрному праву основана на специфике всех видов селекционных достижений, которые не позволили отнести их ни к изобретениям, ни к иным достижениям научного творчества, и обусловили необходимость их охраны специальным аграрным Федеральным законом от 6 августа 1993 г. «О селекционных достижениях», утратившим силу с 1 января 2008 г. в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ.

Необходимо отметить, что патент на селекционные достижения, предусмотренный Законом РФ «О селекционных достижениях», существенно отличался от патента, выдаваемого на изобретения в соответствии с Патентным законом РФ. В то же время следует заметить, что Патентный закон РФ, принятый 23 сентября 1992 г., регулировавший отношения, возникающие в связи с правовой охраной и использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов (ст. 1), не рассматривал сорта растений и породы животных в качестве объекта охраны. Об этом также свидетельствует положение п. 1 ст. 3 Патентного закона РФ, в котором указывается на то, что права на изобретение, полезную модель, промышленный образец охраняются законом и подтверждаются соответственно патентом на изобретение, патентом на полезную модель и патентом на промышленный образец.

Федеральный закон «О селекционных достижениях» обобщил специальные нормы о селекционных достижениях. Произошел окончательный отказ от охраны селекционных достижений с помощью норм об изобретениях. После принятия указанного Закона правовая охрана селекционных достижений осуществляется патентом. Право на селекционное достижение охраняется законом и подтверждается патентом на селекционное достижение (ст. 3 Федерального закона «О селекционных достижениях»). Патент удостоверяет исключительное право патентообладателя на использование селекционного достижения.

В условиях коренных изменений форм собственности, форм и порядка осуществления хозяйственного оборота, правового положения участников хозяйственного оборота в сельском хозяйстве возрастает необходимость дальнейшего развития законодательства о селекционных достижениях, направленного на создание охраноспособных объектов интеллектуальной собственности в сельском хозяйстве, внедрение новых категорий и принципов правовой охраны селекционных достижений, государственную поддержку элитного семеноводства и племенного животноводства.

В связи с вступлением в силу части четвертой ГК РФ, законодательство о семеноводстве и племенном животноводстве, безусловно, требует существенного обновления. Прежде всего необходимость его совершенствования связана с приведением в соответствие с законодательством о техническом регулировании, а также с принципами и нормами международных соглашений в этой сфере. Действующая в настоящее время сложная разрешительная система сертификации семенной и племенной продукции, не допускающая ее использование и оборот без получения соответствующей документации, не только противоречит указанным принципам, но и создает дополнительные административные барьеры на пути широкого

внедрения инновационных достижений. В то же время, представляется необходимым сохранить положительные, зарекомендовавшие себя на практике нормы, направленные против появления на рынке некачественных семян и непродуктивных пород, в том числе поступающих из-за рубежа.

Важным перспективным направлением развития совершенного законодательства является регулирование отношений, связанных с инновационной деятельностью в сельском хозяйстве. Такой деятельностью в аграрной сфере является выведение новых сортов сельскохозяйственных растений и пород сельскохозяйственных животных, размножение сортовых семян и разведение племенных животных, обеспечение ими сельскохозяйственных организаций, фермеров и владельцев личных подсобных хозяйств. Такая деятельность регулируется федеральными законами от 3 августа 1995 г. «О племенном животноводстве» и от 17 декабря 1997 г. «О семеноводстве».

Подводя итоги вышесказанному, можно определить следующее. Положения ГК РФ свидетельствуют о том, что государство заинтересовано в поддержке деятельности по созданию новых сортов растений и пород животных. Согласно ст. 1417 ГК РФ государство стимулирует создание и использование селекционных достижений, предоставляет их авторам, а также иным обладателям исключительного права на селекционное достижение (патентообладателям) и лицензиатам, использующим селекционные достижения, льготы в соответствии с законодательством Российской Федерации.

С.С. Бородин,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

К вопросу об обосновании концепции свободного использования произведений

В настоящее время особое значение приобретает вопрос о принципиальных основах свободного использования произведений. Как справедливо указывают Л. Бентли и Б. Шерман, «именно потому, что авторское право в принципе способно затруднять культурный обмен и доступ к культурным ценностям, его содержание должно время от времени подвергаться взыскательному анализу»¹.

Обоснование концепции свободного использования произведений тесно связано с целью введения авторских прав и вытекающим из нее вариантом баланса частных и публичных интересов, который находит свое юридическое выражение в принципах права. Действительно, в мировоззренческих началах, на которых покоятся принципы охраны интеллектуальной собственности, свободы творчества и доступа к культурным ценностям, меняется и конструкция их взаимодействия друг с другом. В литературе формулируется два основных подхо-

¹ Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: авторское право / пер. с англ. В.Л. Вольфсона. СПб., 2004. С. 68.

да к объяснению необходимости существования авторских прав: сторонники деонтологического взгляда рассматривают право интеллектуальной собственности через естественные права или выводят его из обязанности других уважать достоинство и имя автора; представители теории следствий полагают, что подобные права нужны из-за их общественно полезного влияния (выражающегося в стимулировании деятельности в сфере интеллектуальной собственности и поощрении обучения)¹. Согласно другой точке зрения выделяется три основные системы аргументации: естественно-правовая точка зрения (произведение — это проявление уникальной личности автора); доктрина вознаграждения (исключительное право выступает как благодарность общества, чем более востребован объект авторского права, тем значимей финансовый аспект награды); мотивационное учение (общество заинтересовано в воспроизводстве культурных ценностей и важно стимулировать авторов, с тем чтобы они не только окупили свои затраты, но и извлекли определенную прибыль)². В таком же ракурсе рассматривает различные обоснования авторского права и А.Г. Матвеев³. Считаем, что вышеприведенные концепции вознаграждения и мотивации могут быть рассмотрены как подвиды теории следствий, поскольку они базируются на представлении об общественной полезности деятельности в области интеллектуальной собственности.

Примечательны воззрения Г.Ф. Шершеневича по данному вопросу. Он разграничивает хозяйственную деятельность, направленную на непосредственное извлечение материальной выгоды, и духовный труд, мотивом которого выступает скорее стремление к самовыражению, обретению известности, оказанию воздействия на определенные сферы общественной жизни. Подобный взгляд приводит к мысли, что экономические меры не могут оказать на автора достаточного стимулирующего влияния, ведь цель его деятельности лежит в другой плоскости (иное противоречит самой идее интеллектуального труда, снижает его роль в обществе)⁴. Однако авторы вправе получать определенные ресурсы, позволяющие поддерживать приемлемый уровень жизни и продолжать систематически создавать произведения науки, литературы и искусства. Поэтому целью введения авторского права является не просто охрана результатов интеллектуальной деятельности, а такое материальное обеспечение лица, которое устраняет для него необходимость поиска источников существования и гарантирует независимость⁵. Следовательно, хотя материальная мотивация автора не приводит к росту его творческой активности, гонорар за произведенный интеллектуальный труд важен для сохранения самой возможности подобной деятельности. Отсюда полагаем верной точку зрения исследователей, относящих Г.Ф. Шершеневича к ярким представителям доктрины вознаграждения⁶. Примечательно, что ученый рассматривает различные варианты обеспечения соответствующих выплат, включая помещение авторов на государственное содержание. Однако, поскольку такой подход поднимает новые вопросы (в частно-

¹ См.: *Dufield G., Suthersanen U.* Global Intellectual Property Law. Cheltenham, 2008. P. 51–52.

² См.: *Бентли Л., Шерман Б.* Указ. соч. С. 68–71.

³ См.: *Матвеев А.Г.* Правовая регламентация использования произведений художественного творчества: эволюция правовых воззрений и современность. Пермь, 2010. С. 88.

⁴ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Экономическое обоснование авторского права. Казань, 1890. С. 3–5.

⁵ Там же. С. 8–9.

⁶ См.: *Матвеев А.Г.* Указ. соч. С. 96.

сти, кто будет оценивать художественные и научные достоинства работы, каковы критерии экспертизы), предоставление лицу исключительного права на его произведение признается более справедливым¹.

Вероятно, в настоящее время стоит комплексно применять как концепцию вознаграждения, так и мотивационную теорию, учитывая, с одной стороны, экономическую ценность объектов авторского права и наличие развитого рынка результатов интеллектуальной деятельности, а с другой стороны – принимая во внимание вышеуказанное особое культурное значение произведений науки, литературы и искусства, специфику мотивов автора. Это позволяет рассматривать соотношение интересов всех участников общественных отношений в данной сфере (авторов, производителей, распространителей и пользователей) с учетом приоритетной роли авторов. Кроме того, учение о вознаграждении позволяет установить пределы имущественных интересов авторов. Основание свободного использования при обозначенном совмещенном подходе состоит в том, что произведения науки, литературы и искусства изначально представляют собой результаты авторского самовыражения и становятся значимыми, только будучи доступными для общества. Следовательно, подобное использование не должно препятствовать автору в получении вознаграждения за труд (чтобы он мог продолжить интеллектуальную деятельность) и может быть ограничено авторско-правовым элементом гибкой системы стимулирования активности в сфере культуры, которая должна предусматривать и иные меры способствования творчеству. В частности, ученые обращают внимание на то, что сообщество музыкантов состоит из множества разнообразных специализированных групп и авторско-правовое мотивирование эффективно только в отношении тех лиц, которые полагаются на доход, имеющий прямое отношение к авторскому праву. При этом воздействие на более широкий круг музыкантов может быть достигнуто через иные меры, среди которых – содействие местным художественным обществам и устройство площадок для живых выступлений (согласно приводимым ими данным, в совокупности опрошенные музыканты получают от источников, напрямую связанных с авторским правом, только 12% прибыли, в то время как композиторы из группы с наибольшим доходом извлекают из них 68% средств)².

Необходимо рассмотреть отдельные следствия идеи вознаграждения, важные для формулирования концепции свободного использования. В рамках данного обоснования авторского права при построении баланса частных и публичных интересов практически не учитываются интересы таких субъектов, как издатели или распространители.

Действительно, Г.Ф. Шершеневич, говоря о противоречиях между различными интересами, рассматривает прежде всего интересы автора и общества. Причина их конфликта, с его точки зрения, состоит в том, что снижение стоимости книг соответствует интересам общества (большее количество лиц могут позволить себе их прочесть), но не интересам автора (поскольку в стоимость книги закладывается и его вознаграждение)³. В силу развития информационно-телекоммуникаци-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 10–11.

² См.: DiCola P.C. Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons about Copyright Incentives // Arizona Law Review, Forthcoming; Northwestern Law & Econ Research Paper No. 13-01. January 9. 2013. P. 4–6 (<http://ssrn.com/abstract=2199058>).

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 15.

онных технологий в современных условиях в отдельных сферах роль посредников между автором и пользователем значительно снижается или практически полностью исчезает, что актуализирует данный подход для определенных ситуаций. Так, ученые указывают, что использование методов распространения, связанных с Интернетом, меняет музыкальную индустрию: доходы от онлайн-продаж, потоковой передачи данных по запросу и интернет-радиостанций растут, а от продаж физических копий — падают¹.

Далее, исходя из теории вознаграждения интересы наследников не равновелики публичным интересам, поэтому исключительное право не должно быть постоянным и по его прекращении произведение поступает в общественное достояние. Иначе правопреемники смогли бы бессрочно заблокировать издание произведений, которые по тем или иным причинам их не устраивают². Совмещение идеи вознаграждения и мотивационной доктрины приводит, с одной стороны, к увеличению срока, в течение которого действует исключительное право (поскольку учитывается необходимость в сохранении инвестиций в издательскую деятельность), а с другой стороны — к выстраиванию системы случаев свободного использования, которая обеспечивает необходимый уровень доступа к культурным ценностям (так как принимается во внимание, что произведение представляет собой не столько товар, сколько объект, предназначенный для восприятия обществом).

В заключение отметим, что в связи с последними изысканиями в сфере интеллектуальной собственности воззрения Г.Ф. Шершеневича по вопросам авторского права не только не теряют своей актуальности, но и приобретают новое измерение. Полагаем, что подход, объединяющий теории вознаграждения и стимулирования, может являться достаточным основанием для концепции свободного использования произведений.

М.А. Буданова,

ст. преподаватель кафедры гражданского
и международного частного права,

Саратовская государственная юридическая академия

Использование товарного знака в дореволюционный и современный период

Использование товарного знака в сфере торгового оборота обсуждалось еще дореволюционными юристами, так Г.Ф. Шершеневич определял под именем товарного знака те наружные отметки, которыми купец стремится отличить в глазах потребителей свои товары от товаров всякого другого купца. Наружная отметка налагается на сам товар или на ту оболочку, в которой он обращается: бутылку, ящик, бочку, коробку и т.п.³ По дореволюционному законодательству закон охра-

¹ См.: *DiCola P.C.* Op. cit. P. 5.

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 23—24.

³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. М., 1994. С. 180.

нял исключительное право на товарный знак, защищая интересы не только купца, но и потребителя¹.

Правовая охрана товарного знака устанавливалась отделом промышленности, куда подавалось заявление, с описанием знака и приложением трех экземпляров рисунка, исполненного тушью или какой-либо прочной краской. О выдаче и о прекращении действия выданного свидетельства публиковалось в «Вестнике финансов, промышленности и торговли»². Приобретенное право предоставляло исключительное пользование товарным знаком посредством выставления его на товарах, на упаковке или посуде, а также на объявлениях, прейскурантах и бланках. В каком бы цвете и масштабе ни был заявлен знак, ничто не мешало пользованию им во всех прочих цветах и масштабах. Право на товарный знак могло быть передано другому лицу, но не иначе как в случае отчуждения или отдачи внаем самого предприятия и при условии заявления в отдел промышленности в течение 6 недель со дня совершения сделки³. Защита права на торговый знак производилась в двояком порядке: а) в гражданском порядке — виновный в нарушении исключительного права обязан вознаградить потерпевшего за вред и убытки; б) в уголовном порядке — виновный в самовольном выставлении товарного знака, точно воспроизведенного или явно сходственного с таким же товарным знаком, состоящим, заведомо для виновного, в исключительном пользовании другого лица, подвергается заключению в тюрьме на время от 4 до 8 месяцев⁴. Чтобы поставить конкурента в положение зависимости, лучше всего предупредить его через нотариуса, если нет других доказательств того, что виновный знал о принадлежности спорного знака потерпевшему лицу⁵.

Несмотря на охрану товарного знака, уже в то время Г.Ф. Шершеневич отмечал, что потребители, оценившие достоинство товаров известного происхождения, естественно, будут искать их между другими по их отличительному знаку. Чем больше спрос на этот товар, тем большее искушение для других торговцев воспользоваться тем же знаком, ввести публику в заблуждение и отвлечь часть потребителей к себе. Таким действием нарушается: а) интерес публики, если под поддельным знаком ей предлагается товар худшего достоинства; б) интерес купца, установившего первые репутацию товара, но уже независимо от того, будет ли товар под поддельным знаком хуже настоящего или равного или даже высшего качества⁶.

Так, Мыловаренный завод г. Е. в Нахичевани в 80-х годах XIX столетия стал выпускать в продажу туалетное мыло под названием «Валики» и «Букетное». На этом мыле соответственно их названиям завод оттискивал изображение валиков и букетов. Впоследствии и другие местные фабриканты стали выпускать такое же мыло под теми же названиями и с теми же рисунками. Один из заводов в 1899 г. вошел с ходатайством о признании за ним исключительного права на эти знаки, что и было признано за ним со стороны департамента торговли и мануфактур. Но таганрогский окружной суд, убедившись из расспроса свидетелей, что описанные знаки бы-

¹ Закон 26 февраля 1896 г. дает защиту товарному знаку (Уст. пром. // Свод законов Российской империи. Т. XI. Ч. 2. 16121).

² Закон 9 июня 1912 г. Ст. 1614.

³ Закон 26 февраля 1896 г. (Уст. пром. // Свод законов Российской империи. Т. XI. Ч. 2. 16121).

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 183.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 180.

ли в общем употреблении, удовлетворил иск г. Е. о признании за ним права пользования знаками, на которые ответчик заявляет исключительное право¹. Исходя из вышеизложенного, делаем вывод, что данная проблема решалась достаточно сложно.

Использованием товарного знака по действующему законодательству считается его применение для обозначения товаров в отношениях в сети «Интернет», в том числе его применение на упаковке этих товаров лицом, которому такое право предоставлено на основании лицензионного договора или самим правообладателем (ст. 1484 ГК РФ).

В соответствии со ст. 1486 ГК РФ правовая охрана товарного знака может быть прекращена досрочно в связи с неиспользованием товарного знака в течение трех лет. Договор по передаче исключительных прав на товарный знак и лицензионный договор подлежат регистрации в Роспатенте и без регистрации эти договоры считаются недействительными. Исключительное право на товарный знак удостоверяется свидетельством, выданным федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности – Роспатент (п. 1 ст. 1477 ГК РФ).

Исключительное право на товарный знак дает следующие охраняемые российским и международным законодательством права: пользоваться и распоряжаться товарным знаком, быть его единоличным владельцем; запрещать третьим лицам использование товарного знака; передавать права на использование товарного знака другим лицам на основании лицензионного договора; уступить (продать) товарный знак и получить прибыль. Никто не вправе использовать без разрешения правообладателя сходные с его товарным знаком обозначения в отношении товаров, для индивидуализации которых товарный знак зарегистрирован, или однородных товаров, если в результате такого использования возникнет вероятность смешения.

Товарный знак как средство индивидуализации стимулирует потребителя покупать товары определенных производителей. Будучи связующим звеном между изготовителем и покупателем, он способствует оборотоспособности товаров, обеспечивая функцию рекламы. Поэтому исключительное право на товарный знак является весьма уязвимым и часто нарушаемым. При незаконном использовании товарного знака в России до сих пор ориентируются на известные мировые марки: парфюмерия – *Chanel, L'Oreal, Givenchy*; кроссовки – *Adidas, Nike*; многие мировые бренды одежды². Нарушение исключительных прав на товарный знак в зависимости от степени причиненного ущерба влечет различные виды юридической ответственности: гражданско-правовую (ст. 1515 ГК РФ), административную (ст. 14.10 КоАП РФ) и уголовную (ст. 180 УК РФ).

Так как же устранить проблему, которая длится уже столетие? Наше законодательство предлагает следующие способы защиты: досудебное урегулирование и уведомление предполагаемого нарушителя о прекращении использования им чужого товарного знака; иск в суд. Защита исключительных прав по общему правилу осуществляется способами, определенными в ст. 1252 ГК РФ. В качестве своих требований необходимо заявить о прекращении нарушения исключительного права, об изъятии из оборота и уничтожении за счет нарушителя контрафактного товара, этикеток и упаковок и на ваш выбор – о возмещении убытков или выплате компен-

¹ См.: Право. 1902. С. 1621.

² <http://www.kurganproc.ru>; <http://www.customs.ru>

сации. Суд рассчитывает компенсацию, руководствуясь п. 2 ст. 1515 ГК РФ и своим судебским усмотрением. Ее сумма может составить от 10 тыс. до 5 млн руб., либо двукратный размер стоимости контрафактных товаров, либо двукратный размер стоимости права использования товарного знака. В настоящее время такую проблему решать нужно следующим способом: необходимо выяснить, когда ваш конкурент использует похожий товарный знак, права на который были им зарегистрированы. В ст. 1512 ГК РФ перечислены шесть различных оснований для оспаривания и признания недействительным предоставления правовой охраны.

Законом установлен прямой запрет на регистрацию обозначений, тождественных или сходных до степени смешения с товарными знаками других правообладателей. И вот именно с доказыванием такого тождества (сходства) связано значительное количество споров. Как правило, обозначение считается сходным до степени смешения с другим, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на отдельные отличия. Сравнение проводится по трем основным критериям: звуковому, графическому и семантическому (смысловому).

Пример: суд признал, что вопрос о сходстве до степени смешения обозначений является вопросом факта и по общему правилу может быть разрешен судом без назначения экспертизы. Экспертиза в силу ч. 1 ст. 82 АПК РФ назначается лишь в случае, когда для сравнения обозначений требуются специальные знания. Исковые требования ООО к ОАО о прекращении нарушения прав на товарный знак, выразившегося в нанесении его на упаковки производимого товара, было удовлетворено¹.

Исходя из этого, мы видим, что проблема использования товарных знаков остается, нужен особый порядок для того, чтобы субъекты не имели права регистрировать товарный знак, если он схож уже с наиболее раскрученным брендом. Несомненно, большой вклад внес великий ученый Г.Ф. Шершеневич, его суждения по поводу использования товарного знака и в настоящее время имеют значение и дают основу для совершенствования законодательства использования и охраны товарных знаков.

С.Н. Быков,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Гражданско-правовые средства охраны компьютерных программ в практике международного коммерческого оборота

В целях обеспечения пользователей программ возможностью совершать вышеуказанные действия без соответствующих проблем, выражающихся в мерах применимой к ним по закону ответственности, в международном коммерческом обороте сложилась практика по предоставлению свободных лицензий. Авто-

¹ См.: Информационное письмо ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122.

ры и правообладатели вправе передать пользователям права на неограниченные установку, запуск, а также свободное использование, изучение, распространение и изменение (совершенствование) программы. Это достигается путем выпуска исходного кода программного обеспечения на условиях одной из особого рода лицензий, называемых свободными лицензиями. Несмотря на то, что по условиям свободных лицензий выданные пользователям разрешения правообладатель отозвать не может, свои неотъемлемые права, гарантированные законодательством, авторы сохраняют.

Правительство РФ распоряжением от 17 декабря 2010 г. № 2299-р утвердило план перехода федеральных органов исполнительной власти и федеральных бюджетных учреждений на использование свободного программного обеспечения на 2011–2015 гг.¹

Наибольшим признанием на сегодняшний день пользуются:

– *GNU General Public License* (сокр. *GNU GPL* – с англ. переводят как, например, Универсальная общественная лицензия *GNU*, Универсальная общедоступная лицензия *GNU* или Открытое лицензионное соглашение *GNU*) – это лицензия на свободное программное обеспечение, созданная в рамках проекта *GNU* в 1988 г.² Целью *GNU GPL* является предоставить пользователю права копировать, модифицировать и распространять (в том числе на коммерческой основе) программы (что по умолчанию запрещено законодательством об авторских правах), а также гарантировать, что и пользователи всех производных программ получают вышеперечисленные права. Принцип такого «наследования» прав называется «копиLEFT» (транслитерация с англ. *copyleft*) и был придуман Ричардом Столменом. Важно, что лицензируя работу на условиях *GNU GPL*, первоначальный автор сохраняет за собой авторство.

– Стандартная общественная лицензия ограниченного применения *GNU (GNU LGPL, GNU Lesser General Public License)*, созданная Фондом свободного программного обеспечения (*Free Software Foundation*). *LGPL*, в отличие от *GPL* позволяет связывание исходной программы с любой программой, не обязательно свободной. *LGPL* помещает ограничения копиLEFTа на саму программу, но не применяет эти ограничения на другое программное обеспечение, которое только связывается с программой³.

– Лицензии семейства *BSD*, общим свойством которых является предельная лаконичность и минимум накладываемых на пользователей ограничений при максимуме свобод. *BSD* (англ. *Berkeley Software Distribution*) – это система распространения программного обеспечения в исходных кодах, созданная для обмена опытом между учебными заведениями. Особенностью пакетов программного обеспечения *BSD* была специальная лицензия *BSD*, которая сохраняет право авторство на исходный код за первоначальным ее автором, а все правки – ответственность их авторов.

¹ СЗ РФ. 2010. № 52 (ч. I). Ст. 7181.

² Проект Ричарда Столмена по разработке свободного программного обеспечения, изначальной целью которого было «разработать достаточно свободного программного обеспечения... чтобы можно было обойтись без программного обеспечения, которое не является свободным» (<http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>).

³ Материалы с сайта: <http://ru.wikipedia.org>

Несколько менее распространены другие свободные лицензии, такие как «Публичная лицензия *Mozilla*» (*Mozilla Public License*), «Лицензия *Apache*» (*Apache License*) и др.

В настоящее время во всем мире участники международного коммерческого оборота постепенно переходят от традиционных схем лицензирования программного обеспечения (приобретение лицензий в постоянное пользование) к различным моделям «по требованию» (подписка на определенное время, транзакционные модели, аренда и т.п.). На сегодняшний день на постоянные лицензии приходится 65% затрат на приобретение программного обеспечения, но уже на следующий год ожидается, что их доля уменьшится до 58%¹.

В качестве одного из наиболее популярных гражданско-правовых средств охраны компьютерных программ, имеющих место в практике международного коммерческого оборота, рассмотрим «предоставление программного обеспечения как услуги» (англ. *software as a service*, сокр. *SaaS*). Также его называют программным обеспечением по требованию (англ. *software on demand*, сокр. *SoD*). Такое предоставление программного обеспечения фактически представляет собой схему аренды программы. Так, разработчик программы самостоятельно управляет ею и предоставляет к ней доступ заказчикам через Интернет².

С точки зрения разработчиков программ, модель *SaaS* позволяет эффективно бороться с нелегальным использованием программного обеспечения, поскольку, располагаясь на серверах разработчиков, оно не может попасть в руки недобросовестных пользователей. К другим положительным чертам для разработчиков можно отнести быстроту внедрения программы, сравнительно низкие затраты на обслуживание конкретного клиента и быстрый и легкий выход на глобальные рынки. Также в отличие от классической модели лицензирования заказчик программы как услуги привязывается к ее разработчику, поскольку он не может продолжать использовать программу без его услуг. Для пользователей также существует немало положительных моментов в использовании рассматриваемой схемы, так, они существенно сокращают затраты на развертывание системы программного обеспечения в организации, на техническую поддержку и обновление. Соответственно, они получают быстрое внедрение программы, как правило, понятный интерфейс, предсказуемый порядок платежей и возможность получить более высокий уровень обслуживания программы.

В России рассмотренная модель не находит широкого распространения на сегодняшний день, причина тому — как общее отставание отрасли информационных технологий по сравнению с ведущими экономическими государствами, так и низкое развитие аутсорсинговых услуг в России. Тем не менее указанные направления являются приоритетными в политике развития государства, и на современном этапе очень важно наряду с экономическим развитием данной сферы услуг в российском обществе обеспечить ей достаточно мощную правовую поддержку. Одним из таких шагов, на наш взгляд, является возможность предусмотреть в системе отечественного права в качестве сделочного гражданско-правового средства охраны предоставление программного обеспечения как услуги.

¹ См. на сайте: <http://www.bytemag.ru/articles/detail.php?ID=12825>.

² Колесов А. Модель *SaaS* — в мире и в России // БУТЕ Россия. 2008. № 10.

Выше мы дали общую характеристику модели «программное обеспечение как услуга», которую предлагаем рассматривать как вариант сделочного гражданско-правового средства охраны компьютерных программ. Следует отметить, что данная модель может быть рассмотрена как одна из разновидностей услуг «облачных вычислений» (англ. *cloud computing*)¹. Облачные вычисления подразумевают, что программное решение, используемое предприятием, находится не на его собственном сервере, а на сервере провайдера, и доступ к нему как к услуге осуществляется посредством интернет-соединения.

Концепция облачных вычислений с публичной моделью подвергалась критике со стороны сообщества свободного программного обеспечения и в частности со стороны Ричарда Столлмана, который полагает, что «использовать веб-приложения для своих вычислительных процессов не следует, например, потому, что вы теряете над ними контроль. И это не лучше, чем использовать любую проприетарную программу. Делайте свои вычисления на своем компьютере, используя программы, уважающие вашу свободу. Если вы используете любую проприетарную программу или чужой веб-сервер, вы становитесь незащищенными...»².

Еще одним достаточно современным видом лицензии на использование программ для ЭВМ является *CDDL* (англ. *Common Development and Distribution License* – Общая лицензия на разработку и распространение) – лицензия, разработанная корпорацией *Sun Microsystems* и основанная на *Mozilla Public License (MPL)* версии 1.1³. Обладателем исключительного права на произведение в соответствии с данной лицензией является исходный правообладатель, осуществивший публикацию.

Файлы, лицензированные под *CDDL*, могут быть совмещены с файлами под другими открытыми или проприетарными лицензиями. *CDDL* позволяет совмещать открытый и закрытый код, защищенный авторскими правами, а также использовать свободный код в составе несвободных произведений с обязательной публикацией всех внесенных в текст программы изменений в виде исходных текстов. Например, исходный текст *Mozilla* был использован в составе несвободного браузера *Netscape*⁴. *CDDL* утверждена советом директоров *Open Source Initiative (OSI)* 14 января 2005 г. Она считается одной из девяти наиболее популярных открытых лицензий. Тем не менее такой вид лицензии отличается довольно слабой правовой охраной.

Рассмотренные выше гражданско-правовые средства охраны прав на компьютерные программы являются новыми инструментами, выработанными практикой международного коммерческого оборота и только начинающими получать распространение. Соответственно серьезных исследований в отечественной науке по данной теме еще не проводилось. Тем не менее, учитывая высокие темпы развития информационных технологий в современном мире, изучать проблему появления столь разнообразных средств охраны прав на компьютерные программы, безусловно, необходимо. Более того, следующим этапом в развитии отечественного гражданского законодательства должно быть нормативное урегулирование всех

¹ См. материалы сайта: <http://cloudzone.ru/articles/analytics/23.html>

² «Cloud computing is a trap, warns GNU founder Richard Stallman»: интервью газете *The Guardian*.

³ См. материалы сайта: http://ru.wikipedia.org/wiki/Common_Development_and_Distribution_License

⁴ Материалы сайта: http://www.info-foss.ru/quickstart/freesoft/free_soft_licenses

возможных видов лицензионных соглашений, имеющих непосредственное отношение к охране прав на компьютерные программы.

Н.Г. Валеева,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса,
Уральский институт экономики, управления и права (г. Екатеринбург)

Оптимальная модель защиты произведений народных мастеров

В культуре любого народа присутствует такая составляющая, как искусство. Деятельности людей помимо ее практической направленности всегда был присущ и творческий подход. Некоторые искусствоведы, в частности А.С. Максяшин, полагают, что народное художественное творчество — это даже не искусство¹, в виде его «народной» ветви, а повседневная деятельность народа. Думается, что это несколько завышенная оценка, но отрицать то, что на протяжении истории своего существования люди не забывали о красоте самых обыденных вещей (своего жилища, орудий труда, одежды, домашней утвари), было бы неразумно.

Не одно столетие насчитывает такая форма существования народного искусства, как народные художественные промыслы. Например, плетение кружев с помощью коклюшек известно в Италии с XV в. К нам в Россию это умение пришло позднее: с XVI в. оно получило распространение в северных российских местностях и до сих пор всемирно известен такой его вид, как вологодское коклюшечное кружево. Кстати, был такой промысел и у нас на Урале (в Староуткинске, Верх-Исетском городском поселке). Интересно, что занимались этим и мужчины, но они плели черное кружево, потому что белые нити темнели в их руках от махорки, которую они курили.

Не менее известный лаковый промысел Палеха (миниатюрные расписные лаковые шкатулки) существует почти три столетия.

Но это — история: несомненно интересная и все же далекая. Какова же современная юридическая «судьба» народных художественных промыслов? Что может предложить современное право его мастерам?

Начнем с того, что результаты их труда (изделия) относятся к продуктам народного художественного творчества. В искусствоведении это практически никем не оспаривается. С точки зрения юриспруденции результатам творчества предоставляется охрана нормами авторского либо патентного права, т.е. такие объекты могут охраняться в качестве произведения либо промышленного образца. Различие между указанными объектами объясняется неодинаковой природой художественного (для авторского права) и научно-технического (для патентного права)

¹ В данной статье искусство и художественное творчество рассматриваются как синонимы и понимаются как вид человеческой деятельности, для которой характерно отражение действительности с помощью художественных образов.

творчества. При первом из них, если это действительно был созидательный, порождающий что-либо ранее не существовавшее труд, обязательно появится (просто не может не появиться) самостоятельное произведение. Дело в том, что итог художественного творчества всегда отражает индивидуальность автора, является в каком-то смысле продолжением его личности. Но этот результат отделяется от своего создателя и начинает «жить» самостоятельно. Поэтому в принципе не может быть одинаковых произведений, если они созданы творчеством.

Творчество — глубоко индивидуальный процесс.

Это положение верно для профессионального искусства, где ценность работ художника заключается в их непохожести на картины других, неповторимости его творений.

В народном искусстве этот постулат не срабатывает, потому что, тоже являясь художественным творчеством, оно основано на совсем ином принципе. Дело в том, что для народного искусства характерно не индивидуальное, а коллективное творчество. Народный художественный промысел — это не один мастер и не какая-то совокупность отдельно работающих мастеров. Это всегда коллектив, в котором всеми мастерами нарабатываются общие художественные приемы, которыми затем пользуются все мастера промысла. Существует такое понятие, как «школа народных мастеров». Так появляются традиции определенного промысла, которые проявляются в используемых материалах, технике изготовления, декоре изделий. Могут ли мастера проявлять свое индивидуальное творчество? Скорее нет, чем да, потому что основной целью, способом существования народного искусства является не создание чего-то кардинально отличного, а вариация (внесение незначительных изменений в уже существующие художественные приемы). Более того, промысел жив, пока в нем соблюдаются его традиции. Отсюда — использование и в наши дни древних образов, приверженность установленным канонам. Это не означает отсутствие движения, развития. Мастера живут в социуме, они не могут не подвергаться внешнему влиянию. Заимствование чужого опыта, привнесение чего-либо нового происходит, но отбирается лишь то, что не ломает художественную традицию данной школы мастеров, соответствует ей.

Проявлением коллективности народного художественного творчества является и отсутствие указания мастера, выполнившего конкретное изделие. Это характерно не только для промыслов, но и для всего народного творчества (фольклора) в целом, в том числе литературного.

Авторское право рассчитано на отдельного автора, оно ориентировано на индивидуальное творчество. Это «несходство характеров» профессионального и народного искусства в итоге привело к отказу произведениям народного творчества в правовой охране. Они постоянно фигурировали в перечне объектов, не подпадающих под юрисдикцию норм авторского права в силу прямого указания закона. Автором данной статьи еще в 80-е годы теперь уже прошлого века было предложено уточнить позицию законодателя: отказывать в предоставлении охраны не всем произведениям народного искусства, а лишь тем, автор которых неизвестен. В п. 6 ст. 1259 ГК РФ, вступившей в силу с 1 января 2008 г., появилась такая оговорка: не охраняются произведения народного творчества (фольклор), не имеющие конкретных авторов.

Таким образом, произведения традиционных народных художественных промыслов не попали в «орбиту» авторского права, следовательно, защищать их нормами авторского права невозможно. Правда, справедливости ради следует отме-

тить, что в последние десятилетия на многих изделиях промыслов мастера стали оставлять свои автографы, «вплетая» свою подпись в рисунок. Казалось бы, такие изделия следует считать обычными объектами авторского права, так как теперь они индивидуализируются. Но указание имени мастера не отменяет коллективную природу художественного творческого труда на промыслах.

То, что сотворил мастер, не является результатом только его усилий. Он использует наработанные его предшественниками и сохраненные ими приемы. По большому счету любой человек не может творить, не обращаясь к опыту, уже накопленному до него. Преемственность существует в любом виде искусства. Но в традиционных художественных промыслах опыт прошлых поколений ограничивает творческие поиски мастера, он не может нарушать его рамки. Сказанное позволяет сделать неутешительный для народных мастеров вывод: результаты их труда авторским правом не могут быть защищены.

Предлагает ли нам современное право иные возможности?

Среди объектов патентных отношений наряду с изобретениями и полезными моделями в законе указаны промышленные образцы. И если первые два вида жестко привязаны к техническому творчеству, то последний тяготеет к авторскому праву, т.к. промышленный образец — это художественно-конструкторское решение изделия, его внешнего вида (ст. 1352 ГК РФ). Имеются в виду эстетические и (или) эргономические¹ признаки (форма, орнамент, цветовое решение). С точки зрения русского языка наличие союза «или» позволяет признавать промышленным образцом творческое решение внешнего вида какого-либо изделия, имеющее только эстетические (художественные) признаки. А это, по сути, и есть результат художественного творчества, произведение. Таким образом, промышленный образец — это своего рода пограничный объект. Двойственность его природы отражается и на признаках промышленного образца. Им может быть признано только то решение, которому присущи оригинальность, свойственная произведениям искусства, объектам авторского права, и новизна (а это требование, обычное для всех объектов патентного права).

На практике некоторые промыслы патентуют свои изделия и получают охранный документ. Это делается для облегчения защиты художественного стиля, созданного мастерами определенного промысла. Но патентная охрана, как представляется, не соответствует «духу», принципам патентного права. Идея патентования основана на строгой индивидуализации правообладателя. Им может быть единственный субъект, которому предоставляется право, монопольное по своей сути. В области науки и техники может быть параллельное творчество, но оно не может быть общим, как в народном искусстве.

Таким образом, из рассмотренных в данной статье способов охраны результатов творчества, существующих в российском законодательстве, ни один не отвечает природе народного художественного творчества. И все же не хотелось бы останавливаться на констатации этого факта. Отрицательный результат — тоже результат. Видимо, поиск следует вести в ином направлении. Но это уже — тема последующих публикаций.

¹ Эргономика — наука, изучающая человека и его деятельность с целью оптимизации условий и процесса труда.

Э.Н. Валеева,

ст. преподаватель кафедры гражданского права,
Казанский филиал Российской академии правосудия

Объединения юридических лиц: некоторые вопросы совместного обладания правами на объекты интеллектуальной собственности

Одним из наиболее актуальных направлений развития законодательства в настоящее время является создание основ для формирования инновационной экономики, в условиях которой особое значение в экономическом обороте приобретает интеллектуальная собственность как источник дохода и объект прибыльного инвестирования. При этом по мере развития правовых форм организации сотрудничества юридических лиц и индивидуальных предпринимателей в целях извлечения прибыли или удовлетворения иных интересов в процессе осуществления предпринимательской деятельности все более распространенными становятся случаи совместного обладания несколькими лицами правами на результаты интеллектуальной деятельности.

Возможность объединения субъектов в их хозяйственной деятельности рассматривалась еще Г.Ф. Шершеневичем. Он выделял две договорные формы: «соединения для единичных операций», носящие случайный характер и вызванные «неожиданно сложившимися обстоятельствами, которые побуждают отдельное лицо искать средства сложить с себя одного весь возможный риск и разделить его между несколькими лицами», и «синдикаты» — объединения лиц, согласованно осуществляющих предпринимательскую деятельность, имеющие целью увеличение прибыли путем ограничения конкуренции на производство или сбыт определенного товара¹.

Признавая исключительный характер «промышленных прав», Г.Ф. Шершеневич вместе с тем отмечал случаи, когда право пользования объектом могло предоставляться другому лицу наряду с первоначальным правообладателем на основании договора. В частности, речь шла о праве «пользования изобретением с сохранением самого права за изобретателем» и передаче права на товарный знак «в случае... отдачи в аренду самого предприятия с сохранением фирмы»².

В современной юридической науке выделяются различные формы совместной коллективной деятельности юридических лиц: ассоциации (союзы), некоммерческие партнерства, холдинги, объединения на основе договора простого товарищества (договора о совместной деятельности), объединения на основе договора коммерческой концессии (франчайзинга) и др.

Статья 1229 ГК РФ предусматривает возможность принадлежности исключительного права на объект интеллектуальной собственности нескольким лицам совместно (кроме права на фирменное наименование). Общими способами приобретения юридическими лицами совместных прав на объекты интеллектуальной собственности являются:

- 1) получение патента несколькими лицами;

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. М., 2005.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 263.

- 2) государственная регистрация коллективного знака;
- 3) предоставление права использования объекта интеллектуальной собственности по договору;
- 4) внесение права пользования объектом интеллектуальной собственности в общее имущество товарищей, в уставной или складочный капитал хозяйственного общества или товарищества¹;
- 5) переход права в порядке реорганизации юридических лиц по передаточному акту или разделительному балансу;
- 6) создание результата интеллектуальной деятельности по государственному или муниципальному заказу.

Взаимоотношения лиц, которым исключительное право принадлежит совместно, определяются соглашением между ними. В силу п. 3 ст. 1229 ГК РФ каждый из правообладателей может использовать такой объект по своему усмотрению, если иное не предусмотрено ГК РФ или соглашением между правообладателями. Доходы от совместного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации распределяются между всеми правообладателями поровну, если соглашением между ними не предусмотрено иное.

Что касается распоряжения совместным исключительным правом, то по общему правилу оно осуществляется правообладателями совместно, если ГК РФ применительно к конкретному случаю не предусмотрено иное. То есть совместное исключительное право на объекты интеллектуальной собственности в действующей редакции ГК РФ признается неделимым. Однако в ряде случаев это создает серьезные затруднения на практике, например в случае необходимости обращения взыскания на имущество должника — совладельца исключительного права или в случае желания одного из совладельцев распорядиться исключительным правом путем внесения в уставный (складочный) капитал хозяйственного общества (товарищества) или в совместное имущество товарищей права использования объекта интеллектуальной собственности.

Применение иного подхода предлагается в Проекте изменений в ГК РФ². Так, ст. 1227 ГК РФ должна быть дополнена нормой о том, что к интеллектуальным правам не применяются положения разд. II ГК РФ («Право собственности и другие вещные права»)³. Для целей распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации вводится понятие доли в исключительном праве. Так, в дополнение к положениям абз. 3 п. 3 ст. 1229 ГК РФ о распоряжении исключительным правом всеми правообладателями совместно предлагается разрешить правообладателям по соглашению между ними установить иной порядок распоряжения правом. Кроме того, согласно Проекту изменений в ГК РФ каждый из правообладателей вправе передать свою долю в ис-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 17 // СПС «КонсультантПлюс».

² Проект федерального закона о внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации (Российская газета. 2011. 14 сентября).

³ Эта позиция ранее высказывалась Г.Ф. Шершеневичем, отмечавшим различную природу указанных отношений (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 255).

ключительном праве (возмездно или безвозмездно) всем лицам, совместно с которыми он обладает этим правом, в равных долях (абз. 4 п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Также проект допускает отчуждение одним из правообладателей третьему лицу с согласия всех остальных правообладателей доли в исключительном праве, принадлежащей не самому автору. Внесение указанных изменений позволило бы в большей мере защитить интересы правообладателей — юридических лиц и способствовало бы более активному их участию в экономических отношениях.

Среди вопросов правового регулирования совместных исключительных прав юридических лиц — участников объединения на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации на сегодняшний день особого внимания также заслуживают проблемы осуществления совладения исключительным правом на товарный знак.

В зависимости от состава правообладателей товарные знаки могут быть индивидуальными (предназначенными для индивидуализации товаров одного лица) и коллективными (обозначающими товары, производимые или реализуемые объединением лиц и обладающие едиными характеристиками качества или иными общими характеристиками). Согласно ст. 1478 ГК РФ обладателем исключительного права на индивидуальный товарный знак может быть только юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Передача исключительных прав на него нескольким лицам одновременно возможна только путем его преобразования в коллективный товарный знак¹. Коллективным знаком может пользоваться каждое из входящих в объединение лиц, при этом право на коллективный знак не может быть отчуждено и не может быть предметом лицензионного договора (ст. 1510 ГК РФ).

Таким образом, возможность осуществления юридическим лицом такого права закон непосредственно связывает с его участием в объединении, создание и деятельность которого не противоречат законодательству государства, в котором оно создано.

ГК РФ признает только одну организационную форму объединений юридических лиц — ассоциации (союзы), создаваемые, в частности, с целью координации предпринимательской деятельности их участников, представления и защиты общих имущественных интересов их участников; также в этой форме могут создаваться объединения саморегулируемых организаций (п. 1 ст. 121 ГК РФ).

В связи с этим юридические лица, являющиеся участниками любого иного вида объединения: некоммерческого партнерства (в форме которого, например, создаются саморегулируемые организации), объединения на основе договора простого товарищества (в том числе образуемого с целью осуществления совместной предпринимательской деятельности), инвестиционного товарищества (нового вида объединений, разработанного специально для реализации крупномасштабных коллективных проектов, в том числе в инновационной сфере), — фактически лишены возможности совместного равноправного использования и защиты исключительного права на единый для всех участников объединения товарный знак, предназначенный для обозначения производимых и реализуемых ими товаров.

Такое ограничение круга субъектов представляется необоснованным и нецелесообразным, может препятствовать развитию хозяйственных отношений и создавать заведомо спорные ситуации на практике.

¹ Определение ВАС РФ от 25 августа 2010 г. № ВАС-11537/10 «Об отказе в передаче дела в Президиум Арбитражного Суда РФ» // СПС «КонсультантПлюс».

В.В. Васильева,
нач. юридического отдела *ARQA Technologies*, аспирант НГТУ
(г. Новосибирск)

Отдельные проблемы распоряжения оригиналом произведения

В ст. 1227 ГК РФ закреплена концепция независимости интеллектуальных и вещных прав: переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав. Указанная концепция появилась в доктрине российского гражданского права еще в дореволюционный период, в частности, в работах Г.Ф. Шершеневича: «с отчуждением исключительного права на художественное произведение нельзя смешивать отчуждение права собственности на это произведение...»¹

Вместе с тем в современной доктрине указанная концепция часто подвергается критике. Так, например, В.П. Мозолин указывал на объективно существующую взаимозависимость между интеллектуальным правом и вещью, определяя материальный носитель как «материализованные целевым образом предметные образования, одухотворенные интеллектуальной деятельностью человека»². Аналогичные воззрения высказывал В.С. Толстой³.

Проблема отрыва вещных и интеллектуальных прав особенно актуальна, когда речь идет об оригинале произведения как об особом носителе объекта авторских прав, для которого характерна настолько сильная связь материальной и творческой составляющей, что сама материальная форма является частью интеллектуального замысла, а любая копия оригинала представляет собой уже иное произведение. Таким образом, творческая и материальная части оригинала объективно сливаются воедино и являются неразрывными.

Гражданское законодательство Российской Федерации не содержит определения «оригинал произведения», но приводит примеры оригиналов (рукопись произведения, оригинал произведения живописи, скульптуры или другого подобного произведения).

В юридической литературе некоторые авторы для того, чтобы подчеркнуть особую правовую связь материального носителя и произведения в отношении рукописей, а также оригиналов произведений живописи, скульптуры используют специальные термины: «художественное произведение»⁴, «комплексные объекты гражданского оборота»⁵. Тем самым исследователи подчеркивают, что речь идет о новом объекте прав, выступающем в гражданском обороте в своем единстве.

По нашему мнению, использование термина «комплексный объект» логично, поскольку в действительности оригинал художественного произведения имеет некоторые черты, присущие сложной вещи (ст. 134 ГК РФ): в состав комплексного объекта входит вещь и неразрывно следующее за ней исключительное право, пред-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 448.

² Мозолин В.П. О концепции интеллектуальных прав // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 105.

³ См.: Толстой В.С. Гражданское информационное право. М., 2009.

⁴ См.: Гаврилов Э.П. Авторское право и содержание произведения // Патенты и лицензии. 2009. № 7. С. 31–38.

⁵ См.: Рябов А.А. Право на неприкосновенность произведения // Закон. 2007. № 10. С. 82.

полагающее использование их по общему назначению. Однако правила распоряжения сложной вещью (ст. 134 ГК РФ), распространяющие действие сделки на все ее составные части, в случае с оригиналом произведения неприменимы. Как говорил Г.Ф. Шершеневич, «отчуждение художником художественного произведения не переносит на приобретателя авторское право на это произведение...»¹

В отсутствие института комплексных объектов строгое применение правил о независимом оформлении перехода (предоставления) интеллектуальных прав и вещных прав на материальный носитель иногда приводит к значительным затруднениям на практике. Особенно много вопросов возникает по поводу передачи объектов через цепочку посредников, когда обладатель вещных прав не является обладателем исключительных прав на интеллектуальные составляющие вещи.

Правоприменительная практика немного скорректировала жесткость законодательных формулировок в конкретных ситуациях. Так, согласно Информационному письму Президиума ВАС РФ программы для ЭВМ могут предоставляться вместе с устройством, на котором они установлены, без согласия правообладателя, если устройство неразрывно связано с установленной на нем программой. Вместе с тем компьютер и установленное на нем программное обеспечение неразрывно связанными между собой не являются, что требует отдельного оформления перехода прав².

С точки зрения удобства гражданского оборота приведенные позиции высшей судебной инстанции логичны. В то же время, если говорить о формальной стороне вопроса, мы не можем назвать их в полной мере обоснованными, поскольку неразрывная связь объекта авторских прав с вещью не является основанием для применения особых правил распоряжения такими объектами. На наш взгляд, рассмотренные позиции ВАС РФ можно рассматривать как пример того, когда судебная практика помимо толкования начинает выполнять задачи нормотворчества и восполнения правовых пробелов³.

Что касается нормативного регулирования, то единственное исключение, когда законодатель допускает отступление от презумпции независимости перехода права на материальный носитель и права на выраженное в нем произведение, — это случай отчуждения оригинала произведения лицом, являющимся собственником оригинала и обладающим исключительным правом на произведение, но не являющимся автором произведения (п. 2 ст. 1291 ГК РФ). Только в данной ситуации интеллектуальное право как бы следует за вещью (оригиналом) и не выступает в гражданском обороте как самостоятельный объект прав.

Интересен факт, что даже в случае, когда приобретатель оригинала не приобретает исключительные права на произведение (п. 1 ст. 1291 ГК РФ), он приобретает в силу закона некоторые правомочия по использованию произведения, выраженного в приобретенном им оригинале, без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения. Указанные правомочия являются императивными, перечень их

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 448.

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 2.

³ Более подробно об этом см.: Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997.

является исчерпывающим и, согласно Проекту изменений в ГК РФ, планируется расширение указанного перечня¹.

Необходимость закрепления за собственником оригинала неотчуждаемых интеллектуальных прав также являлось предметом исследования Г.Ф. Шершеневича². Однако до настоящего времени доктрина не определилась относительно правовой природы таких прав. Одни авторы называют их абсолютными правами собственника оригинала, которые ограничивают исключительное право автора³; другие рассматривают указанные правомочия как случаи свободного использования произведения, которые соответствуют ст. 1268 ГК РФ⁴; третьи видят в рассматриваемой норме элементы правовой связи между правом собственности и исключительным правом⁵.

На наш взгляд, возникновение у собственника оригинала произведения правомочий по использованию произведения в соответствии со ст. 1291 ГК РФ представляет собой не поименованный в ст. 1241 ГК РФ способ предоставления исключительных прав на произведение в безоговорном порядке. Представляется, что согласно п. 3 ст. 1228 ГК РФ исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный творческим трудом, первоначально возникает у его автора. Собственник оригинала произведения, не являющийся автором, может приобрести правомочия в составе исключительного права на произведение только в производном порядке.

Вместе с тем закрепление в законодательстве единственного способа преодоления отрыва вещных и интеллектуальных прав, выраженных в оригинале, не решает фундаментальную проблему распоряжения оригиналом произведения как объектом, объединяющим в неразрывном единстве предмет материального мира и результат интеллектуального труда.

Для преодоления указанной проблемы нужен системный подход законодателя, который должен затронуть в том числе правовое регулирование базового института гражданского права – вещного права. Традиционная классификация вещей на простые и сложные должна быть дополнена новым правовым институтом, который бы объединил вещь и неразрывно следующее за ней исключительное авторское право (комплексная вещь). В отношении данных объектов необходимо законодательно закрепить правила определения договорной формы распоряжения, а также определить приоритет прав в составе объекта: иными словами, на уровне законодательства решить, «что первично» – вещные или интеллектуальные свойства объекта.

В настоящее время, распоряжаясь оригиналом произведения, субъекты гражданско-правовых отношений самостоятельно определяют правовую природу объекта распоряжения – вещную или интеллектуальную. На практике это выливается в ситуацию, когда идентичные отношения сторон подпадают под регулирование

¹ О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации: Проект федерального закона № 47538-6: принят ГД ФС РФ в I чтении 27 апреля 2012 г. // <http://base.consultant.ru>

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 448.

³ См.: Литвина А. Вопросы отчуждения оригинала произведения как основания изменения абсолютного авторского правоотношения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 6. С. 47–50.

⁴ См.: Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.В. Погуляева. М., 2008.

⁵ См.: Рябов А.А. Право на неприкосновенность произведения. С. 81–85.

разных гражданско-правовых договоров и имеют различные правовые, в частности налоговые, последствия.

Н.В. Дельцова,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный экономический университет

Об иных интеллектуальных правах

Понятие интеллектуальных прав закреплено в ст. 1226 ГК РФ. Интеллектуальные права согласно данной статье включают: 1) исключительные права; 2) личные неимущественные права; 3) иные права.

Следует подчеркнуть, что последние две категории входят в состав интеллектуальных прав в случаях, предусмотренных законом. И если относительно исключительных и личных неимущественных прав в ГК РФ установлены нормы, позволяющие дать им характеристику, то относительно иных прав в законодательстве наблюдается значительный пробел.

Наука также не выработала пока каких-либо однозначных признаков данной группы интеллектуальных прав. В некоторых научных исследованиях под сомнение ставится необходимость правовой регламентации самой категории «иных прав»¹.

В литературе, посвященной изучению природы иных прав, отмечается, что данные права следует считать дополнительными по отношению к исключительным и личным неимущественным правам. Структурно иные права расположены в статьях ГК РФ отдельно от исключительных и личных неимущественных (например, п. 3 ст. 1255, п. 3 ст. 1345, п. 2 ст. 1449 ГК РФ и др.)².

Поскольку ни законодательно, ни доктринально четко не определены критерии отнесения прав к категории «иных», то закономерно встает вопрос о квалификации данного вида интеллектуальных прав.

Название рассматриваемой группы субъективных интеллектуальных прав — «иные права» не несет в себе смыслового содержания, а лишь указывает на то, что эти права отличны от исключительных и личных неимущественных.

Кроме того, в статьях, посвященных характеристике интеллектуальных прав на отдельные результаты интеллектуальной деятельности, допускается использование термина «другие права» (п. 3 ст. 1235, п. 3 ст. 1345, п. 2 ст. 1408, п. 2 ст. 1449 ГК РФ), что создает, на наш взгляд, дополнительную терминологическую путаницу.

Ю.Т. Гульбин справедливо подчеркивает, что правовой режим того или иного института интеллектуальной собственности включает и другие права, не обозначенные в перечне интеллектуальных, например, право на изъятие из обраще-

¹ См.: Шелегонский П.Г. Категория «интеллектуальные права» в современной системе гражданских прав: теоретико-правовые аспекты: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2011. С. 26.

² См.: Гульбин Ю.Т. Гражданско-правовая охрана средств индивидуализации в рыночных условиях: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2010.

ния ранее выпущенных экземпляров произведения при реализации права на отзыв (ст. 1269 ГК РФ) и др.¹

Толкование соответствующих норм ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что термины «иные права» и «другие права» рассматриваются законодателем как синонимы. Однако считаем, что данный терминологический разброс необходимо устранить.

Задача квалификации осложняется тем, что законодательно перечень иных интеллектуальных прав точно не определен. В ст. 1226 ГК РФ в качестве примера приводится право доступа и право следования. К иным интеллектуальным правам также в силу указания закона относят: право на получение вознаграждения за использование служебного произведения, служебного изобретения, полезной модели, промышленного образца, служебного селекционного достижения, служебной топологии интегральной микросхемы; право на получение патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец; право на получение патента на селекционное достижение; право на наименование селекционного достижения (п. 3 ст. 1255, п. 3 ст. 1345, п. 2 ст. 1408, п. 2 ст. 1449 ГК РФ). Из содержания вышеназванных норм ГК РФ следует, что перечень иных прав не является закрытым.

Помимо прямо указанных в законе «иных» прав в их число в литературе предлагается включать: право композитора, являющегося автором музыкального произведения, используемого в аудиовизуальном произведении, на получение вознаграждения за публичное исполнение либо сообщение в эфир аудиовизуального произведения (п. 3 ст. 1263 ГК РФ); право изготовителя аудиовизуального произведения указывать свое имя или наименование при любом использовании аудиовизуального произведения (п. 4 ст. 1263 ГК РФ); право лица, обладающего исключительным правом, разрешать внесение в произведение изменений, сокращений и дополнений при использовании произведения после смерти автора (п. 1 ст. 1266 ГК РФ); право на отзыв (ст. 1269 ГК РФ); право лица, организовавшего создание сложного объекта, указывать свое имя или наименование при использовании результата интеллектуальной деятельности в составе такого объекта (п. 4 ст. 1240 ГК РФ); право издателя указывать свое наименование при любом использовании издания (п. 7 ст. 1260 ГК РФ); право изготовителя фонограмм на указание своего имени или наименования на экземплярах фонограммы (подп. 2 п. 1 ст. 1323 ГК РФ); право изготовителя базы данных на указание на экземплярах базы данных своего имени или наименования (п. 2 ст. 1333 ГК РФ); право публикатора на указание своего имени на экземплярах обнародованного им произведения (подп. 2 п. 1 ст. 1338 ГК РФ); право автора или правообладателя на государственную регистрацию программы для ЭВМ и базу данных (ст. 1262 ГК РФ). Вопрос об отнесении тех или иных прав к «иным» является дискуссионным.

Следует признать, что «иные» интеллектуальные права разнородны, имеют различное содержание, затруднено их разграничение с личными неимущественными правами. Е.А. Каминская отмечает, что с учетом законодательного подхода к регулированию этих прав вполне возможно смешение правовых режимов личных неимущественных и иных прав².

¹ См.: Гульбин Ю.Т. Гражданско-правовая охрана средств индивидуализации в рыночных условиях: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2010.

² См.: Каминская Е.И. Личные неимущественные права автора: отказ от ненужных иллюзий или утрата ценностей? // Актуальные вопросы российского частного права: сб. ст. М., 2008. С. 224–260.

Полагаем, что категория «иных интеллектуальных прав» требует детального изучения. Однако уже сейчас можно выделить некоторые характерные черты, отличающие данную группу правомочий от личных неимущественных прав:

- 1) субъектом иных прав могут быть как авторы, так и иные правообладатели (в том числе юридические лица);
- 2) объектом прав выступает результат интеллектуальной деятельности;
- 3) содержание прав имущественного и неимущественного характера.

Конструкция интеллектуальных прав, т.е. набор правомочий из каждой группы интеллектуальных прав, зависит от специфики объекта (его характеристик, свойств). Оптимальный набор интеллектуальных правомочий, входящих в конструкцию интеллектуального права на тот или иной охраняемый в качестве интеллектуальной собственности объект, позволяет создать наиболее благоприятный правовой режим данного объекта и отличить его от правового режима других охраняемых результатов интеллектуальной деятельности.

В частности, конструкция интеллектуальных авторских прав, с учетом специфики объекта авторского правоотношения — произведения как результата творческой деятельности позволяет включить в нее: исключительное право имущественного характера; группу личных неимущественных прав; группу иных интеллектуальных прав. Последние дополняют первые две группы прав, наиболее полно обеспечивая интерес авторов (соавторов) и правообладателей в отношении принадлежащего им объекта.

В связи с чем представляется целесообразным выработать признаки (характеристики) иных интеллектуальных прав, а также точно определить перечень этих прав и закрепить его законодательно.

Т.В. Ефимцева,

к.ю.н., доцент,

зав. кафедрой предпринимательского
и природоресурсного права,

Оренбургский институт (филиал) Московского государственного
юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

К вопросу о соотношении инновационного права и гражданского права*

Переход к инновационной экономике невозможен без адекватного и эффективного регулирования общественных отношений, связанных с осуществлением инновационной деятельности. Под инновационной деятельностью в экономической науке принято понимать весь процесс создания нового продукта от формирования его идеи до освоения производством, выпуска, реализации и получения коммерческого эффекта. При этом в качестве элементов инновационной деятельности выступают получение новых знаний, их передача в сферу производства, ис-

* При поддержке Министерства образования и науки РФ, соглашение 14.В37.21.1019 от 7 сентября 2012 г.

пользование знаний в целях получения новых технологий, передача технологий в коммерческий оборот¹.

Включение результатов творчества и прав на них в хозяйственный оборот привело к необходимости их правового регулирования, что в свою очередь породило проблему установления их правовой природы. Эта проблема вызвала дискуссию, незаконченную до настоящего момента и породившую ряд противоречивых мнений, объясняющих сущность прав на результаты интеллектуальной деятельности. По этому поводу образно заметил видный цивилист конца XIX в. — начала XX в. профессор Г.Ф. Шершеневич: «С тех пор, как положительные законодательства приняли это злополучное право под свою защиту, оно носится по горизонту науки без всякого определенного назначения... подобно птице, высматривающей место, куда ей удобнее было бы спуститься»².

Дореволюционное русское гражданское право признавало все подобные правоотношения не самостоятельными, а входящими в состав вещных прав, а именно считало их особым видом права собственности. Однако, по мнению Г.Ф. Шершеневича, «взгляд этот не может быть принят ввиду различия объектов. Распространять понятие о вещных правах на права, не имеющие своим объектом вещи, представляется теоретически неудобным. Порядок возникновения, перехода, прекращения вещных прав рассчитан именно на материальное их содержание, и потому распространение этих правил на совершенно иную область может создать нежелательное смешение понятий в теории и практике»³.

Современные исследователи, разделяя позицию выдающегося русского ученого, также отмечают, что существует большое количество расхождений между существенными чертами прав на нематериальный объект и конструкцией права собственности. В силу этого права на нематериальные объекты могут быть признаны самостоятельной группой прав⁴. Поэтому логичным является вывод о том, что содержание данных прав, обусловленное спецификой их объектов, должно отличаться от традиционных вещных прав, и в первую очередь от права собственности.

Эта концепция нашла свое закрепление в части четвертой ГК РФ, которая содержит разд. VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации».

На результаты интеллектуальной деятельности признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в ряде случаев, предусмотренных ГК РФ, также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и др.). Интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результаты интеллектуальной деятельности.

Гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности (правообладатель), вправе использовать такой результат по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом, а также может распоряжаться исключительным правом на результат интел-

¹ См.: Курнышева И., Сулейменов Д. Инвестирование инновационного развития // Экономист. 1994. № 10.

² Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 28.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 254.

⁴ См.: Дельцова Н.В. Природа прав на результаты интеллектуальной деятельности // Актуальные проблемы правоведения. 2003. № 3 (6). С. 149–152.

лектуальной деятельности. Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности. При этом отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Правообладатель может распорядиться принадлежащим ему исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности любым не противоречащим закону и существу такого исключительного права способом, в том числе путем его отчуждения по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительного права) или предоставления другому лицу права использования соответствующего результата в установленных договором пределах (лицензионный договор).

Анализ норм гражданского законодательства, регулирующего отношения в инновационной сфере деятельности, позволяет сделать вывод о том, что владелец результата интеллектуальной деятельности (правообладатель) обладает исключительным правом введения его в хозяйственный оборот путем непосредственного использования данного объекта в собственном производстве или разрешения на использование объекта третьему лицу на условиях заключаемого между ними договора. Именно договор становится основной формой регулирования отношений между субъектами предпринимательской деятельности, а содержание договора часто влияет на размер получаемой сторонами договора прибыли. Даже выбор места подписания договора может существенно повлиять на уровень дохода. Согласно коллизийной норме международного частного права, если в договоре не указано законодательство, которое должно применяться к договору, то применяется закон места подписания договора, т.е. законодательство того государства, на территории которого совершено подписание этого договора. Поэтому для того, чтобы использовать норму «закон места подписания договора», надо знать, законодательство какого государства содержит наиболее выгодные положения. Следовательно, тот предприниматель, который правильно применяет законодательство на практике, получает и более высокие доходы.

Правоприменительная практика изобилует многочисленными делами, отражающими применение в процессе правовой регламентации общественных отношений, возникающих в инновационной сфере деятельности, норм гражданского права. В первую очередь это касается использования результатов интеллектуальной деятельности.

Так, в деле по иску ФГУ «Федеральное агентство по правовой защите результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения» при Минюсте России к ОАО «Холдинговая компания «Барнаултрансмаш» о взыскании долга и неустойки по договору Арбитражный суд г. Москвы неправильно применил материальное право, посчитав, что истец предоставил ответчику комплекс прав на основании договора коммерческой концессии (ст. 1027 ГК РФ). Арбитражный апелляционный суд в свою очередь установил, что между истцом и ответчиком заключен лицензионный договор, по условиям которого истец передал ответчику принадлежащее Российской Федерации неисключительное право на использование результатов интеллектуальной деятельности — технические решения, технологические приемы и способы, полученные в ходе выполнения опытно-конструкторских работ по созданию унифицированного танкового двигателя УТД-20, содержащиеся в конструкторской, технологической и другой нормативно-технической документации. Исходя из этого решение арбитражного суда первой инстанции было изменено в мотивировочной части¹.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 21 мая 2010 г. № 09АП-10129/2010.

Вышерассмотренные нормы относятся не только к отрасли гражданского права, но и одновременно входят в состав инновационного права, которое представляет собой совокупность (комплекс) правовых норм, регулирующих общественные отношения в инновационной сфере деятельности посредством гармоничного сочетания частно-правовых и публично-правовых методов. Только в случае решения вопроса о месте инновационного права в системе отраслей российского права можно рассчитывать на дальнейшее развитие инновационной экономики в нашей стране.

Е.А. Кондратьева,

к.ю.н.,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского

Реализация и ограничение исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: сочетание интересов автора и общества

Согласно ст. 1226 ГК РФ на результаты интеллектуальной деятельности возникают субъективные гражданские права¹ особого рода — интеллектуальные права², среди которых выделяют личные неимущественные права, иные права и исключительное право.

Исключительному праву на результат интеллектуальной деятельности в науке и практике придается особое значение³, и это вполне обоснованно, так как именно благодаря этому праву возможно использование созданного автором объекта интеллектуальной собственности⁴ не только самим автором (первичным правообладателем), но и иными лицами.

Еще Г.Ф. Шершеневич призывал признать за исключительным правом самостоятельный характер, указывая, что исключительное право обеспечивает лишь

¹ См. об этом также: Куфлин А.С., Чеговадзе Л.А. Социально-правовое предназначение категории «субъективное гражданское право» // Юрист. 2007. № 3. С. 23–26; Чеговадзе Л.А. К дискуссии о природе имущественного права // Законодательство. 2003. № 11. С. 25; Она же. Основания и способы приобретения гражданских прав // Хозяйство и право. 2006. № 7. С. 63.

² См. об интеллектуальных правах подробнее: Кондратьева Е.А. К вопросу об интеллектуальных правах // Материалы Всерос. науч.-практ. конференции «Право и проблемы юридической практики в сфере имущественных отношений», НКИ. Н. Новгород, 2009. С. 99–102; Она же. К вопросу о соотношении имущественных прав // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2009. № 2. С. 28–34; Она же. Разграничение личных неимущественных и иных прав // Там же. № 8. С. 22–28.

³ См. также: Аникин А.С. Содержание и осуществление исключительных прав: дис. ... к.ю.н. М., 2008.

⁴ Об объектах интеллектуальной собственности см. подробнее: Кондратьева Е.А. Объекты интеллектуальных прав и их правовой режим: дис. ... к.ю.н. М., 2010; Она же. Система объектов интеллектуальной собственности и основания их классификации // Право интеллектуальной собственности. 2010. № 1. С. 10–13; Кондратьева Е.А., Чеговадзе Л.А. Особенности правового режима объектов интеллектуальных прав // Актуальные проблемы частного права: межвуз. сб. науч. трудов / отв. ред. Е.П. Чорновол. Вып. 5 Екатеринбург, 2011.

отдельному лицу возможность приобретения благ, не увеличивая общественного их запаса, создавая для него исключительное положение¹.

При этом следует отметить, что Г.Ф. Шершеневич внес в теорию исключительных прав весомый вклад, и в первую очередь тем, что раскрыл характерные особенности исключительных прав, выявив их причины, отличающие исключительное право от права собственности².

С.П. Гришаев в свою очередь подчеркивает особый характер исключительного права, выраженный в том, что исключительное право — это абсолютное право на нематериальный объект³.

Однако В.А. Дозорцев обращает внимание на то, что отнесение исключительного права к абсолютным правам не означает, что единственное его отличие от последних заключено в специфическом — нематериальном — объекте, так как это не просто абсолютное право на новый вид объекта, а право с новым содержанием даже на первом этапе его становления⁴.

По мнению Ю.Н. Андреева, своим названием исключительное право обязано содержанию, назначению и социальной функции исключительных прав, возложенных законодателем на это уникальное явление нашей жизни. Только исключительно законный обладатель этого субъективного права, кроме случаев, предусмотренных законом, вправе использовать результат своей интеллектуальной деятельности или средство своей индивидуализации по собственному усмотрению любым не противоречащим закону способом⁵.

Согласно указанию законодателя исключительное право на результат интеллектуальной деятельности включает в себя два правомочия, выделенных еще В.А. Дозорцевым: 1) использования результата интеллектуальной деятельности; 2) распоряжения самим исключительным правом.

Однако отдельные авторы предлагают также помимо названных законодателем правомочий выделять правомочие обладания, объясняя это тем (и в этом, несомненно, есть здравый смысл), что пользоваться объектом и распоряжаться правом на него можно только обладая объектом⁶.

При этом перечня необходимых и обязательных способов использования результата интеллектуальной деятельности закон не содержит, позволяя правообладателю самостоятельно определять, как он будет реализовать свое исключительное право. Единственное требование, не противоречащее общим принципам гражданского законодательства, — способы использования должны быть законными. В соответствии со ст. 1229 действующего ГК РФ правообладатель (гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятель-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 429–432.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 368; Он же. Курс торгового права. Т. 2. СПб., 1908. С. 82.

³ См.: Гришаев С.П. Право на публичное исполнение // Подготовлен для системы «Консультант-Плюс», 2010.

⁴ См.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. М., 2003. С. 113.

⁵ См.: Андреев Ю.Н. Судебная защита исключительных прав: цивилистические аспекты: монография. М., 2011.

⁶ См. об этом: Чеговадзе Л.А., Аникин А.С. Правомочие использования в структуре абсолютного гражданского права // Бюллетень нотариальной практики. 2006. № 2.

ности) вправе использовать такой результат по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом.

К противоречащим закону способам можно отнести случаи злоупотребления исключительным правом при его реализации. А.Н. Назаров в качестве примера такого злоупотребления приводит действия правообладателя, направленные на ограничения использования исключительного права, включая применение избыточных технических средств защиты и установление завышенной цены за правомерное использование¹.

Также закон не обязывает автора (правообладателя) использовать результат интеллектуальной деятельности лично. Правообладатель в соответствии с ГК РФ может использовать результат интеллектуальной деятельности самостоятельно или по своему усмотрению разрешать или запрещать его использование другим лицам. При этом отсутствие запрета не означает согласие (разрешение).

Исходя из этого, исключительное право имеет ярко выраженный абсолютный характер: все другие, кроме правообладателя, лица не могут использовать результат интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя, выраженного в договоре, кроме случаев, составляющих исключение из общего правила, когда такое бездоговорное использование без согласия правообладателя считается правомерным.

Таким образом, на сегодняшний день остается верным утверждение Г.Ф. Шершеневича о том, что исключительные права входят в категорию имущественных прав и защищаются не против определенных лиц, а против всех². Но при этом, как справедливо отмечено в литературе, исключительное право, как и любое другое право, действует с ограничениями³.

К разрешенному законом использованию результатов интеллектуальной деятельности без согласия правообладателя относятся, в частности, случаи свободного использования произведений, предусмотренные еще и Бернской конвенцией, позволяющие при наличии предусмотренных законом оснований использовать объекты авторского права (произведения) без получения согласия правообладателя и выплаты ему вознаграждения.

Подобное ограничение исключительного права правообладателя свидетельствует о действии принципа сочетания частных и публичных интересов — автора (правообладателя) и общества. По справедливому мнению основоположника теории исключительных прав В.А. Дозорцева, опирающегося в своих исследованиях на труды Г.Ф. Шершеневича, система ограничений исключительного права направлена на обеспечение баланса интересов авторов и общества⁴.

Однако нельзя не отметить, что на сегодняшний день существует определенная проблема, состоящая в сложности разграничения правомерных и неправомерных случаев бездоговорного использования охраняемых произведений. Зачастую как общество, так и наука и практика расходятся во мнениях относительно законности возможности использования произведения без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения.

¹ См.: Назаров А.Г. Пределы осуществления исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2011. С. 16.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. С. 432.

³ См.: Свиридов Н.Л. Границы и ограничения по закону исключительного интеллектуального права (права интеллектуальной собственности): автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2008. С. 15.

⁴ См.: Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. М., 2003.

Усугубилась эта проблема и в связи с интенсивным развитием Интернета в мире и в нашей стране, в частности, так как Интернет позволяет бесконтрольно использовать охраняемые результаты интеллектуальной деятельности без разрешения правообладателей, а зачастую даже создает новые возможности подобного использования.

Как отмечается в литературе, с сетью «Интернет» связывается появление таких форм коммуникаций, как сайты, порталы, социальные сети, блоги, веб-сервисы и т.п.¹ С появлением Интернета проблема «пиратства» стала глобальной, на многочисленных web-сайтах размещаются либо сами фонограммы с записями музыкальных произведений, либо специальные компьютерные программы, позволяющие пользователям Интернета беспрепятственно обмениваться музыкальными файлами в неограниченном количестве².

К сожалению, на сегодняшний день отношения в сфере Интернета, включая отношения по поводу использования объектов интеллектуальной собственности, недостаточно урегулированы и, как справедливо подмечено, пока очевидно, что гражданское право не вполне полно отражает «виртуальную реальность» и законодатель по разным причинам не торопит события в данной сфере³.

Подводя итоги вышеизложенному, можно сделать вывод, что законодательно установленная возможность ограничения исключительного права автора на результаты интеллектуальной деятельности, несомненно, необходима и нацелена на удовлетворение интересов общества, однако необходим более действенный правовой механизм, позволяющий разграничить случаи правомерного и неправомерного использования результатов интеллектуальной деятельности. Только в этом случае будут действительно соблюдаться интересы и общества, желающего использовать «плод творчества», и автора, предоставившего обществу возможность пользоваться созданным им результатом интеллектуальной деятельности.

А.А. Крыцула,

к.ю.н.,

ст. преподаватель кафедры гражданского права,
Северо-Кавказский филиал Российской академии правосудия

Особенности изложения концепции исключительных прав в трудах Г.Ф. Шершеневича

Влияние идей профессора Г.Ф. Шершеневича, основанных на дореволюционном юридическом позитивизме, на современный правопорядок многогранно. Труды Габриэля Феликсовича в области философии, гражданского, торгового и авторского права довольно широко используются в научном обороте. Поскольку вклад

¹ См.: Минбалеев А.В. Теоретические основания правового регулирования массовых коммуникаций в условиях развития информационного общества: автореф. дис. ... к.ю.н. Челябинск, 2012. С. 3.

² См.: Покидова Н.А. Проблемы использовании музыкальных произведений в сети Интернет // Перспективы науки. 2009. № 2. С. 91–94.

³ См.: Вавилин Е.В., Чельшев М.Ю. О концепции гражданско-правовой политики // Гражданское право. 2012. № 1.

профессора Шершеневича можно отметить по целому ряду научных направлений, выберем для анализа в рамках данной статьи только несколько наиболее крупных доктринальных проблем сферы исключительных прав.

1. Понятие исключительных прав

Дискуссия о содержании понятия «исключительное право» актуальна и сегодня. Профессор Ю.К. Толстой пишет, что «выделение понятия исключительного права и отнесение его к лишь одному из интеллектуальных прав – имущественному, вызывает сомнения. Можно даже сказать, что именно неотчуждаемость и непередаваемость личного неимущественного права, которое срослось с личностью того, кому оно принадлежит, делает свойство исключительности присущим личным неимущественным правам даже в большей степени, чем правам имущественным»¹.

Свое понимание исключительных прав Габриэль Феликсович изложил в двух работах: «Учебник русского гражданского права» и «Авторское право на литературные произведения». Курс русского гражданского права в труде Г.Ф. Шершеневича распадается на две части – общую и особенную – и предпосылается содержательным, включающим семь параграфов, введением. Основным структурным подразделением обеих частей являются параграфы, которые в особенной части представлены пятью отделами.

Исключительным правам отводится самостоятельный второй отдел, помещенный между вещным и обязательственным правом и представленный тремя самостоятельными параграфами, раскрывающими общее понятие об исключительных правах, авторские и промышленные права.

Исследуя общее понятие об исключительных правах, Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на появление в общественной жизни наряду с обособленными частями внешнего мира собственных действий человека, имеющих экономическое содержание и являющихся средством удовлетворения интересов. По мнению автора, таковы «интересы, соединенные с известностью фирмы и заключающиеся в изготовлении и распространении товаров известного качества, изящности рисунка или модели, создаваемых на известной фабрике изделий. Сюда же относятся интересы автора, художника, композитора, заключающиеся в создании литературных, художественных или музыкальных произведений».

Данное явление Г.Ф. Шершеневич иллюстрировал рядом примеров (срисовывание картины, перепечатывание книги, изображение того же клейма) и обращал внимание на наличие законодательного запрета на совершение подобных действий посторонними лицами, рассматривая такую конструкцию как «особого рода правоотношение». По мнению Г.Ф. Шершеневича, именно этот запрет и предоставляет известным лицам исключительную возможность совершения определенных действий, с запрещением всем прочим возможности подражания, а это право учтенный в данном труде и выводит как исключительное.

2. Место исключительных прав в системе прав

Профессор Г.Ф. Шершеневич указывал на соседство исключительных прав с правами вещными в отделе абсолютных прав и выделял четыре общих признака вещных и исключительных прав и одно существенное различие. Общими при-

¹ Толстой Ю.К. О части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 3. С. 16, 17.

знаками ученый называл юридическую возможность осуществления прав, которая в вещном праве представлена возможностью пользования материальными вещами с устранением всех прочих от пользования теми же объектами, а в исключительном праве данный признак заключается в возможности совершения известного рода действий с устранением всех прочих от подражания. Вторым признаком автор считал однородный круг пассивных субъектов — все лица, подчиненные одной и той же политической власти. Следующим общим признаком Г.Ф. Шершеневич отмечал то обстоятельство, что и вещное и исключительное право возникает независимо от воли пассивных субъектов. Также общий признак ученый видел в том, что нарушителем вещного и исключительного «права может быть каждый, позволивший себе подобные действия». Различия между вещными и исключительными правами Г.Ф. Шершеневич находил в их объекте.

3. Дискуссия о понятии «интеллектуальная собственность»

Термин «интеллектуальная собственность» широко используется сегодня в законодательных актах, научной литературе и практике более чем 100 стран мира. В российском законодательстве понятие «интеллектуальная собственность», если исходить из содержания ст. 128, 1225 ГК РФ, означает в настоящее время охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации товаров, работ, услуг и организаций, а право интеллектуальной собственности означает совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения в сфере творческой деятельности.

Как отмечал В.А. Дозорцев, «использование термина «интеллектуальная собственность» вполне правомерно в политических актах (например, в ст. 44 Конституции РФ) как выражение экономических и политических начал. Но употребление его как обозначение юридической категории никак не может быть признано удачным». Однако «это отнюдь не означает, — отметил ученый, — противопоставления существующих терминов. Просто они характеризуют одну и ту же категорию с разных сторон: «интеллектуальную собственность» — с точки зрения политической и экономической функций, «исключительные права» — с точки зрения юридического содержания»¹.

Г.Ф. Шершеневич критиковал концепцию отнесения исключительных прав к особому виду права собственности и доказывал, что распространять понятия о вещных правах на права, не имеющие своим объектом вещи, теоретически неудобно ввиду того, что «порядок возникновения, перехода, прекращения, защиты вещных прав рассчитан именно на материальное их содержание, и поэтому распространение этих правил на совершенно иную область может создать нежелательное смешение представлений в теории и практике».

В современном гражданском праве существуют две самостоятельные системы абсолютных прав: право собственности и исключительные права. При этом исключительные права, конечно, не являются разновидностью права собственности.

4. Система исключительных прав

Общая структура системы исключительных прав давно сформировалась в нашей доктрине, однако Г.Ф. Шершеневич обосновал возможность разделения рассматриваемой области общественных отношений на две группы: права авторские и промышленные. При этом авторское право собирало в себе право на литератур-

¹ Дозорцев В.А. Права на результаты интеллектуальной деятельности. М., 1994. С. 141.

ные, художественные, музыкальные произведения и право на периодические издания. Под патентными правами понимались права на промышленные изобретения, фабричные рисунки и модели, права на фирму и товарный знак.

5. Субъекты авторского права

По общему правилу субъектом этого права является сам автор как создатель произведения, его правопреемники, наследники и лица, которым автор передал свое право. По мнению Г.Ф. Шершеневича, личность автора определяется «помещением имени на книге, хотя бы в действительности она написана другим лицом, хотя бы другие лица оказали значительное содействие автору в создании его труда». Действующее российское гражданское законодательство не предусматривает возможность признать автором лицо, творческим трудом которого произведение, выступающее объектом прав, не создавалось. Следовательно, для создания произведения требуется творческий труд. Однако лицо, указанное в качестве автора на оригинале или экземпляре произведения, считается его автором, если не доказано иное (ст. 1257 ГК РФ). Необходимость исследования иных доказательств может возникнуть в случае, если авторство лица на произведение оспаривается. Иными словами, в позиции Г.Ф. Шершеневича можно увидеть имеющуюся в современном правовом порядке презумпцию авторства лица, указанного на оригинале или экземпляре произведения.

Д.Д. Ландо,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Белорусский государственный университет (г. Минск);

Е.А. Салей,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Белорусский государственный университет (г. Минск)

Актуальные вопросы правовой охраны фирменных наименований в Республике Беларусь

1. В современном законодательстве Республики Беларусь, закрепляющем нормы о правовой охране фирменных наименований, сохраняются в целом те же проблемы, которые были обозначены еще Г.Ф. Шершеневичем в его работах конца XIX в. (в частности, в «Курсе гражданского права», «Учебнике торгового права»). Как писал Г.Ф. Шершеневич, «экономическое значение фирмы заключается в той ценности, какую имеет хорошо поставленное предприятие благодаря своей известности среди большого круга потребителей... Наличие этой ценности обнаруживается в том излишке, какой приобретает цена предприятия сверх стоимости помещения, обстановки, товаров. А где есть ценность, там имеются интересы, требующие защиты... законодательство, хотя ему и не чуждо понятие о фирме, весьма мало удовлетворяет этой потребности»¹. До сих пор в белорусском национальном законодательстве весьма неоднозначным является как само понятие о фирме, так и вопросы, связанные с определением субъектного состава права на фирменное на-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.) М., 1994. С. 76–77.

именование и реализацией установленного в законодательстве требования о государственной регистрации фирменных наименований, неопределенность в решении которых ставит под сомнение собственно обеспечение правовой охраны фирменных наименований и защиту прав на них.

2. Основные нормы о правовой охране фирменных наименований сосредоточены в основополагающем законодательном акте в сфере гражданско-правового регулирования – Гражданском кодексе Республики Беларусь 1998 г. (далее – ГК РБ), в котором фирменное наименование используется для индивидуализации юридического лица как самостоятельного субъекта права¹. При этом следует заметить, что в белорусском законодательстве наряду с категорией «фирменное наименование» используются такие термины, как «наименование»² и «специальное наименование»³, соотношение между которыми является весьма дискуссионным.

Законом Республики Беларусь от 20 июня 2008 г. в ст. 50 ГК РБ внесены изменения, которые вряд ли можно признать верными с доктринальной точки зрения (исторически понятие «фирма» связывалось с субъектом, осуществляющим коммерческую (хозяйственную, торговую) деятельность) и целесообразными с точки зрения практического применения. Соглашаясь с тем, что правила о регистрации и использовании фирменных наименований, содержащиеся в ст. 50 ГК РБ, были излишними в связи с наличием специального § 1 «Фирменное наименование» гл. 67 ГК РБ «Средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ или услуг», исключение положения о том, что коммерческие организации обладают фирменным наименованием, привело к тому, что на уровне законодательных актов четко не определен субъект права на фирменное наименование. В указанном параграфе субъектами права на фирменное наименование признаются юридические лица без конкретизации их организационно-правовой формы и (или) вида.

В рамках регулирования ГК РБ отдельных видов коммерческих организаций⁴ такой термин, как «фирменное наименование», используется, в частности, в ст. 66

¹ Подчеркнем, что на позиции трактовки фирменного наименования как средства индивидуализации субъекта построено в целом и все иное законодательство Республики Беларусь. Однако имеет место пример, когда фирменное наименование обозначено как средство индивидуализации товара. См., в частности, Закон Республики Беларусь от 10 мая 2007 г. (с изм. от 13 января 2013 г.) «О рекламе», в соответствии со ст. 3 которого на рекламу средств индивидуализации товара (фирменных наименований, товарных знаков и знаков обслуживания, географических указаний) распространяются все ограничения и запреты, установленные законодательными актами в отношении рекламы этого товара.

² Очень часто термины «наименование» и «фирменное наименование» вообще не разграничиваются, используются белорусским законодателем в формулировках «наименование (фирменное наименование)» и на практике воспринимаются как взаимозаменяемые (синонимичные) понятия. Так, например, в соответствии с п. 2 Декрета Президента Республики Беларусь от 24 января 2013 г. № 2 определено, «что наименование (фирменное наименование) унитарного предприятия, имущество которого находится в частной собственности юридического лица, не должно содержать указание на форму собственности». Аналогично данные термины применяются в законах Республики Беларусь от 5 января 2009 г. «О товарных биржах» (ст. 12), от 9 января 2002 г. «О защите прав потребителей» (ст. 7) и многих иных нормативных правовых актах.

³ Министерство юстиции Республики Беларусь в Постановлении от 5 марта 2009 г. дало разъяснение, из которого следует, что специальное наименование является не чем иным, как обязательным добавлением к корпусу фирмы, т.е. составной частью структуры фирменного наименования.

⁴ В соответствии с законодательством Республики Беларусь коммерческие организации могут создаваться только в формах, предусмотренных ГК РБ. На данный момент таких форм коммерческих юридических лиц в ГК РБ предусмотрено шесть: хозяйственные товарищества, хозяйственные обще-

и 81 применительно к хозяйственным товариществам (полным и командитным), в ст. 86, 94, 96 — к хозяйственным обществам (обществам с ограниченной ответственностью, обществам с дополнительной ответственностью, акционерным обществам), в ст. 107 — к производственным кооперативам, в ст. 113 — к унитарным предприятиям. К таким организационно-правовым формам коммерческих организаций, как крестьянские (фермерские) хозяйства и государственные объединения, термин «фирменное наименование» законодателем не применяется. Относительно государственных объединений неприменение указанного термина можно объяснить их двойственным характером: в соответствии со ст. 123¹ ГК РБ государственные объединения по общему правилу являются некоммерческими организациями, за исключением случаев принятия в соответствии с законодательством решений о признании их коммерческими организациями. Для индивидуализации некоммерческих организаций законодатель в ГК РБ применяет исключительно термин «наименование» (ст. 116, 118 и др.).

В нормах ГК РБ о фирменных наименованиях отдельных организационно-правовых форм и видов коммерческих организаций в свою очередь применяется термин «наименование». Наименование при этом рассматривается как составная часть фирменного наименования (например, в соответствии с п. 2 ст. 96 ГК РБ фирменное наименование акционерного общества должно содержать его наименование и указание на то, что общество является акционерным), что в свою очередь вступает в противоречие со ст. 50 ГК РБ, закрепляющей общее правило о том, что наименование юридического лица должно содержать указание на его организационно-правовую форму. Таким образом, в содержании норм ГК РБ о фирменных наименованиях отдельных организационно-правовых форм и видов коммерческих организаций речь идет о собственно наименованиях юридических лиц (а не о «наименованиях»), которые в соответствии с постановлением Министерства юстиции РБ от 5 марта 2009 г. № 20 «О согласовании наименований юридических лиц» именуются как «специальные наименования, т.е. индивидуализирующие юридическое лицо части наименования, содержащиеся в кавычках».

В новейшем законодательстве Республики Беларусь наблюдается, на наш взгляд, негативная тенденция возможности необоснованного расширения субъектного состава права на фирменное наименование при толковании ряда законодательных актов. Так, в соответствии со ст. 130 Закона РБ от 13 июля 2012 г. «Об экономической несостоятельности (банкротстве)», регламентирующей вопросы продажи предприятия должника, определяется, что «при продаже предприятия отчуждается единый имущественный комплекс, включающий все виды имущества, *предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности должника*, в том числе... права на обозначения, индивидуализирующие должника, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания)». При этом под должниками для целей данного закона понимаются не только неплатежеспособные юридические лица, являющиеся коммерческими организациями (за исключением казенных предприятий), но и некоммерческие организации, осуществляющие деятельность в форме потребительского кооператива, благотворительного и иного

ства, производственные кооперативы, унитарные предприятия, крестьянские (фермерские) хозяйства и государственные объединения.

фонда, а также неплатежеспособные индивидуальные предприниматели. Легальное основание допустимости расширительного толкования субъектов права на фирменное наименование имеет место и в новейшем законодательстве о государственных закупках. Исходя из Закона РБ от 13 июля 2012 г. «О государственных закупках товаров (работ, услуг)», технические показатели (характеристики) предмета государственной закупки не должны содержать ссылок на конкретные фирменные наименования производителя или поставщика (подрядчика, исполнителя) (п. 3 ст. 20), в качестве которых могут выступать согласно общим положениям (ст. 1) юридические или физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

С учетом вышеизложенного, с целью конкретизации субъекта права на фирменное наименование, устранения противоречий в действующем законодательстве и обеспечения единства применяемой терминологии считаем целесообразным дополнить ст. 50 ГК РБ указанием на то, что коммерческое юридическое лицо обладает фирменным наименованием, предложив следующую редакцию данной нормы: «Юридическое лицо имеет свое наименование (коммерческое юридическое лицо — фирменное наименование), содержащее указание на его организационно-правовую форму и специальное наименование». Легализация в указанной статье о наименованиях юридических лиц термина «специальное наименование» повлечет в свою очередь либо необходимость корректировки соответствующей терминологии в ст. 66, 81, 86, 94, 96, 107 ГК РБ, чтобы снять противоречие относительно содержания термина «фирменное наименование» отдельных коммерческих юридических лиц, либо отказ от соответствующих специальных норм применительно к отдельным организационно-правовым формам коммерческих организаций как дублирующих общее правило. Второй вариант, с нашей точки зрения, является более предпочтительным, поскольку снимает проблему оценки крестьянского (фермерского) хозяйства и государственных объединений, признаваемых коммерческими организациями, как субъектов права на фирменное наименование.

3. Определяя субъектный состав права на фирменное наименование как коммерческие юридические лица независимо от их организационно-правовой формы, обратим внимание на то, что право на фирменное наименование является одним из двух обязательных элементов лицензионного комплекса, составляющего предмет договора франчайзинга. При этом согласно п. 3 ст. 910 ГК РБ сторонами договора франчайзинга могут быть не только коммерческие организации, но и индивидуальные предприниматели. В силу п. 1 ст. 18 ГК РБ индивидуальный предприниматель участвует в гражданском обороте под своим именем, включающим фамилию, собственное имя и отчество (если таковое имеется), если иное не вытекает из законодательства. С одной стороны, характер нормы допускает отступление от общего правила индивидуализации участия физического лица — индивидуального предпринимателя в гражданском обороте, с другой стороны, в соответствии со ст. 1013 ГК РБ исключительное право использовать фирменное наименование имеет только юридическое лицо. Исходя из изложенного, полагаем целесообразным исключить индивидуального предпринимателя из субъектного состава договора франчайзинга.

4. Белорусское законодательство по общему правилу связывает право на защиту фирменного наименования с необходимостью его регистрации. Согласно ГК РБ на территории Республики Беларусь действует исключительное право на наименование, зарегистрированное в Республике Беларусь в качестве обозначения юриди-

ческого лица. На наименование, зарегистрированное или общепризнанное в иностранном государстве, исключительное право на территории Республики Беларусь действует в случаях, предусмотренных законодательством (п. 1 ст. 1015).

Принимая во внимание участие Республики Беларусь в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., анализируемая норма не подлежит применению, поскольку в силу ст. 8 указанной Конвенции фирменное наименование охраняется во всех странах Союза без обязательной подачи заявки или регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака.

Де-факто регистрации фирменного наименования как средства индивидуализации юридического лица в Республике Беларусь не осуществляется, несмотря на требование, содержащееся в п. 2 ст. 1013 ГК РБ, согласно которому фирменное наименование юридического лица определяется при утверждении его устава и подлежит регистрации путем включения в Единый государственный регистр юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Имеющая место точка зрения о том, что государственная регистрация коммерческой организации означает и одновременную государственную регистрацию ее фирменного наименования, не соответствует действительности, поскольку в соответствующем регистре отсутствует специальная графа «Фирменное наименование».

Учитывая приоритет норм Парижской конвенции по охране права промышленной собственности, с целью устранения противоречий между унифицированными международными нормами и нормами внутреннего законодательства полагаем целесообразным закрепить в ст. 1013 ГК РБ положение о том, что фирменное наименование определяется при утверждении устава либо при подписании учредительного договора коммерческой организации (если учредительный договор является единственным учредительным документом юридического лица). Правовая охрана фирменного наименования должна осуществляться не на основании его регистрации, а на основании его использования, в связи с чем корректировке подлежит и ст. 1015 ГК РБ. Поскольку исключительное право на фирменное наименование не может возникнуть ранее появления субъекта права на фирменное наименование, государственная регистрация коммерческой организации в Республике Беларусь остается необходимым условием правовой охраны фирменного наименования.

В.В. Лебедь,

к.ю.н., ст. научный сотрудник
сектора гражданского права, гражданского и арбитражного процесса,
Институт государства и права РАН

Частноправовое и публично-правовое начало в авторском законодательстве РФ

Часть четвертая действующего ГК РФ систематизировала нормы об интеллектуальной собственности, что соответствует во многом требованиям международных документов: Бернской конвенции, договоров ВОИС, развивающих ее положения. С ее принятия начался ныне длящийся новый этап в развитии авторского законодательства.

Следует отметить, что, сосредоточив нормы права интеллектуальной собственности в рамках ГК РФ, законодатель попытался снять проблему дублирования норм ГК РФ в специальных законах. В то же время часть четвертая ГК РФ содержит нормы не только частно-правового характера, но и публичного: административного, трудового и других отраслей права¹. Это обуславливает необходимость анализа проблемы соотношения частного и публичного элементов в авторском праве.

В целом обсуждение вопроса конвергенции частного и публичного права длится многие годы, однако единой научной концепции не выработано на сегодняшний день.

Исследования, посвященные данной проблеме, позволяют утверждать, что сближение частного и публичного права — закономерность на пути развития права². В частности, известнейший русский цивилист Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «противопоставление частного и публичного права... представляет лишь историческое явление»³. В своем труде «Общая теория права» он писал о том, что изначально в развитии гражданско-правового строя «не находим раздвоения. Правовой порядок представляет полное единство, причем, однако, в нем обнаруживается господствующий оттенок, то публичный, то частный»⁴; «разделение права, единого по своей природе, предполагает наличность психических, экономических, политических и этических условий, которые создают противоположение сферы частных интересов сфере общественных интересов»⁵.

Возвращаясь к вопросу соотношения частного и публичного в авторском праве, отметим, что часть четвертая ГК РФ, задуманная разработчиками как заменяющая многоуровневую систему регулирования авторских отношений, объединяющая нормы об интеллектуальной собственности, с одной стороны, выстроена несколько иначе, нежели другие разделы ГК РФ, с другой стороны. Что, как справедливо отмечал В.А. Дозорцев, приводит к разрушению единства гражданского права⁶, учитывая, что среди норм гражданско-правового характера, в часть четвертую вошли нормы административного права.

Анализ содержания отдельных институтов права интеллектуальной собственности, в частности института авторского права, позволяет установить, что изначально специфика авторских отношений была основана на необходимости защиты интересов авторов при наличии законодательно установленного запрета другим лицам совершать действия, являющиеся юридическими возможностями создателей произведений. Г.Ф. Шершеневич в «Учебнике русского гражданского права» отмечал, что «цель юридической защиты клонится... к предоставлению известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания»⁷; такие права назывались им исключительными.

¹ См. об этом: *Ефремова В.В.* Авторское право на произведения изобразительного искусства в России и Франции. М., 2009. С. 45.

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 3. М., 1912. С. 558–567.

³ Там же. С. 558–559.

⁴ Там же. С. 559.

⁵ Там же.

⁶ См.: *Дозорцев В.А.* Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. М., 2005. С. 362.

⁷ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 254.

Современное законодательно установленное определение исключительного права иное. В соответствии со ст. 1226 ГК РФ исключительное право является имущественным правом и одновременно разновидностью интеллектуальных прав (термин «интеллектуальное право» впервые введен в российское законодательство с принятием части четвертой ГК РФ).

В содержание исключительного права согласно ст. 1229 ГК РФ входит как позитивная, так и негативная его функция. Первая заключается в том, что гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Помимо этого правомочием правообладателя является распоряжение исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации. Вторая – запретительная функция исключительного права выражена в том, что правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. В то же время отсутствие запрета не считается разрешением.

В теории авторского права распространилось мнение о том, что главной на сегодняшний день является позитивная функция исключительного права, что противоречит положениям части четвертой ГК РФ, в которой явно закреплена и негативная функция исключительного интеллектуального права.

Таким образом, в содержании современного исключительного права возможно выделять отдельные правомочия автора или иного правообладателя, как то: право использования и право запрещать использование, что соответствует концепции исключительного права, предложенной В.А. Дозорцевым.

В то же время содержание исключительного авторского права постепенно претерпевает изменения. Так, Проектом федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27 апреля 2012 г.) уточняется перечень действий, относящихся к использованию произведения. В качестве отдельного вида использования произведения выделяется ретрансляция, под которой предлагается понимать прием и одновременное сообщение в эфир (в том числе через спутник) либо по кабелю полной и неизменной радио- или телепередачи (вещания) либо ее существенной части, передаваемой организацией эфирного или кабельного вещания (подп. 8.1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ в редакции Проекта).

Помимо этого предложено воспроизведением не признавать краткосрочную запись произведения, которая носит временный или случайный характер и составляет неотъемлемую и существенную часть технологического процесса, имеющего единственной целью правомерное использование записи либо передачу произведения в сети Интернет, осуществляемую информационным посредником, либо иную подобную цель, не имеющую самостоятельного экономического значения (подп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ в редакции Проекта)¹.

¹ Правовые новости. Спец. вып. «Комментарий к проекту изменений Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

Отмечено, что нормы ГК РФ, при всех вводимых ограничениях призванные обеспечить баланс интересов автора и возможное использование произведения другими лицами, перемежаются в части четвертой административными, гражданско-процессуальными положениями. Подобное активное включение норм административного права в систему части четвертой ГК РФ противоречит принципам, закрепленным в п. 3 ст. 2 ГК РФ, диспозитивному методу регулирования гражданско-правовых отношений.

Дальнейшее развитие частноправовых и публично-правовых начал регулирования авторских отношений, несомненно, будет зависеть от ценности общественных интересов и их учета. В то же время очевидно, что необходима последовательность, согласованность и определенность в установлении частноправовых и публично-правовых норм, регулирующих отношения, возникающие по поводу результатов интеллектуальной деятельности.

Н.В. Мирина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и международного частного права,
ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете

Коллизионные особенности принципа свободы договора в праве интеллектуальной собственности

Одним из «молодых» принципов гражданского права является принцип свободы договора, появившийся на правовом олимпе с принятием ГК РФ. Предшественником принципа свободы договора был принцип нормативной регламентации договоров в любой сфере деятельности, в том числе и в интеллектуальной. В советской правовой доктрине в интеллектуальной сфере использовались и действовали типовые авторские, издательские, сценарные и другие виды типовых договоров¹.

Что касается патентных правоотношений, то в период действия принципа нормативной регламентации договоров к ним применялись известные и современной правовой доктрине лицензионные договоры. Однако в отличие от современного лицензионного договора, который может быть использован и, следует отметить, весьма популярен среди любых участников патентных правоотношений, лицензионный договор советского права использовался, как правило, исключительно во внешнеэкономической сфере. Участниками таких лицензионных договоров являлось советское государство и его зарубежный партнер².

Современное состояние гражданской правовой системы наделяет обладателей исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности, которыми, как известно, могут являться как физические, так и юридические лица, заключать договоры, предметом которых может быть передача определенного объема исключи-

¹ См.: *Свердлык Г.А.* Принципы советского гражданского права: дис. ... д.ю.н. Свердловск, 1985.

² См.: *Еременко В.И.* К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений // Адвокат. 2010. № 7. С. 27–37.

тельных прав любому контрагенту. Безусловно, такие виды договоров обладают рядом отличительных признаков, которые регулируются законодательством в сфере интеллектуальной собственности, а именно частью четвертой ГК РФ. Однако несмотря на законодательное регулирование данных правоотношений, с их применением порой возникают вопросы. Так, например, нет однозначного ответа на вопрос о том, распространяют ли свое действие на эти договоры общие положения обязательственного и договорного права. На законодательном уровне отсутствует четкое определение понятия «лицензионный договор».

Представляется, что в процессе нынешней масштабной реформы отечественного гражданского законодательства нелишним было бы в ГК РФ дать четкое законодательное определение лицензионного договора, сформулировав его следующим образом: «Лицензионный договор — гражданско-правовой договор, в силу которого патентообладатель (лицензиар) передает право на использование охраняемого изобретения, полезной модели или промышленного образца в объеме, предусмотренном договором, другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи и(или) осуществлять другие действия, предусмотренные договором».

Следует отметить, что на практике случаются прецеденты, когда нормы принципа свободы договора не применяются, а вместо них используются специальные принципы в области патентного права, как, например, принцип защиты общественных интересов. Использование указанного принципа применяется в случае вынесения судом решения о выдаче принудительной лицензии лицу, желающему использовать изобретение, которое не используется патентообладателем¹.

Также существенными особенностями лицензионного договора следует назвать передачу на основании заключенного договора правообладателем как исключительных, так и неисключительных прав на объект результата интеллектуальной деятельности, идентификация содержания которых может быть весьма затруднительной, несмотря на определение вида договора. Кроме того, действия, которые предпринимает правоприобретатель, в первую очередь являются экономически значимыми для него самого, поскольку именно лицо, приобретающее право на результат интеллектуальной деятельности, стремится как можно быстрее окупить затраты, понесенные им в результате приобретения лицензии².

Таким образом, налицо коллизионный аспект в использовании принципа свободы договора как одного из основных принципов современного гражданского права в сфере интеллектуальных правоотношений, регулируемых частью четвертой ГК РФ. Представляется необходимым в процессе совершенствования гражданского законодательства РФ посредством принятия нового ГК РФ устранить данную коллизию с целью упрощения процесса заключения и применения лицензионного договора на передачу прав на использование результата интеллектуальной деятельности от правообладателя другому лицу.

¹ См.: *Шугурова И.В.* Территориальный принцип действия прав интеллектуальной собственности: основные тенденции развития // Современное право. 2010. № 10. С. 76–81.

² См.: *Ерохина Е.В.* Лицензионный договор в патентном праве // Ученые записки. Вып. 8: Защита прав и свобод человека и гражданина по российскому законодательству: сб. науч. трудов. Оренбург, 2012. С. 218–222.

И.Ю. Мирских,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Информация и интеллектуальные права*

До вступления в силу части четвертой ГК РФ информация в силу своей специфики являлась особым объектом гражданского права, место которой в гражданском обороте было не урегулировано должным образом, что создавало правовой вакуум и вызывало множество споров по этому поводу в научной литературе. Начало дискуссии было положено В.А. Дозорцевым, продолжено другими, в частности И.Л. Бачило, В.А. Севериным, Е.А. Войниканис и М.В. Якушевым¹. В ходе дискуссии было предложено два подхода к правовому регулированию отношений, возникающих по поводу информации.

Первый подход заключался в том, что для информации нужно создать особый набор нормативно закрепленных механизмов регулирования, а именно закрепления на этот объект абсолютного права. Поскольку информация представляет собой нематериальный объект, права на нее относятся к числу исключительных. Но это не традиционные исключительные права, а особые, требующие создания особого правового режима (В.А. Дозорцев).

Второй подход состоит в использовании уже имеющимися правовыми средствами, которые могут оказаться ничуть не хуже имеющихся. И.Л. Бачило считает, что информационный объект является предметом комплексного правового регулирования, в том числе посредством права интеллектуальной собственности и вещного права.

Большинство участников дискуссии склонялись к первой точке зрения.

Ю. Метелева указывает, что на информацию тоже можно распространить исключительные права и передавать их по договору. Так, она приводит сравнительный анализ объекта авторского права и информацию. В качестве объекта авторского права тоже выступают нематериальные блага: произведения науки, литературы и искусства. Исключительные права на эти объекты принадлежат их авторам и иным правообладателям. Однако помимо исключительных прав на эти объекты распространяются также и вещные права. Обе группы прав могут быть сосредоточены у одного лица или распределены между несколькими лицами. Например, писателю одновременно может принадлежать как исключительное право на текст его произведения, так и право собственности на экземпляры книги, если он сам ее издавал. В то же время если писатель продаст все экземпляры своей книги, у него останутся только исключительные права, а вещное право (право собственности) перейдет к покупателям. То же самое

* Работа выполнена в рамках Тематического плана-2012 ФГБОУ ВПО ПГНИУ по заказу Федерального агентства по образованию (тема № 6.4662.2011).

¹ См.: Дозорцев В.А. Информация как объект исключительного права. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 224–238; Бачило И.Л. Институты интеллектуальной собственности: современные правовые проблемы: проблемно-тематический сборник. М., 1998; Северин В.А. Правовое регулирование информационных отношений // Юрист. 2001. № 7; Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет. Тенденции и новеллы в современном праве. М., 2004.

и с информацией. У субъекта законным способом добывшего и(или) переработавшего информацию, возникает одновременно исключительное право на нее и вещное право на материальный объект, в котором воплощена эта информация. Например, информационное агентство собрало информацию об экономическом состоянии предприятий энергетического комплекса России и выпустило эту информацию в виде бюллетеня. В данном случае, по ее мнению, у агентства возникает и исключительное право на информацию, и право собственности на бюллетень, в котором эта информация и содержится. Но когда агентство продает экземпляры этого бюллетеня потребителям такой информации, право собственности на проданный экземпляр переходит к покупателям, а у агентства остается только исключительное право на информационный продукт и право собственности на еще не проданные экземпляры¹.

Таким образом, из рассуждений автора следует, что в частноправовых отношениях информация как сведения, как нематериальная субстанция выступает объектом исключительного права, а для того, чтобы стать объектом гражданского оборота она должна обрести материальную форму, т.е. стать документированной информацией.

На первый взгляд, проблема решена, но информация хотя и относится к группе нематериальных объектов наряду с объектами авторского и патентного права, но не тождественна им. Не любой информационный продукт может быть результатом интеллектуальной деятельности, например созданный в результате простого сбора информации в определенной сфере, так как информация в данном случае не создается самим субъектом сбора, а существует объективно, независимо от осознанности ее человеком. Кроме того, между информацией и результатами интеллектуальной деятельности есть существенные различия в уровне творчества.

Кроме того, в ч. 1 ст. 1225 ГК РФ среди объектов интеллектуальных прав информация отдельно не названа, она как бы растворена законодателем в некоторых из них (например, ноу-хау).

Таким образом, практически ни одно из положений четвертой части ГК РФ не может быть применено к обладателям такой информации.

Е.А. Павлова,

к.ю.н., нач. отдела

Исследовательского центра частного права при Президенте РФ

Взгляды Г.Ф. Шершеневича на природу исключительных прав и часть четвертая Гражданского кодекса РФ

1. В середине XIX в. теории литературной и промышленной собственности были наиболее распространенным взглядом теоретиков на природу прав автора. Право собственности традиционно воспринималось как предоставляющее максимальную защиту его обладателю.

¹ См.: Метелева Ю. Правовое регулирование коммерческого использования информации // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 101.

Однако в процессе окончательного формирования национальных законодательств в области охраны прав на литературные, музыкальные и художественные произведения, изобретения, товарные знаки и т.п. разгорелись споры об экономической и юридической природе прав на такие объекты. К концу XIX в. возросло влияние теорий о самостоятельном характере институтов авторского и патентного права, хотя при этом теоретики существенно расходились в понимании их правовой природы (А. Ренуар, И. Колер, Е. Пикар).

2. В России самым ярким выразителем взглядов на авторские права, как самостоятельный институт права был Г.Ф. Шершеневич. Свои взгляды он наиболее полно и последовательно выразил в докторской диссертации «Авторское право на литературные произведения». Рассматривая экономическую природу авторского права, Шершеневич справедливо отмечал, что авторский доход составляет особую категорию, «имеющую в своем основании созданную законом монополию в производстве и обращении особого вида экономических благ — книг». Он подчеркивал, что это одна из немногочисленных монополий, которые «не могут возбудить общественного недовольствия ввиду безусловной их необходимости и справедливости».

Г.Ф. Шершеневич рассматривал авторское право как исключительное имущественное право. Объектом авторского права он признавал «распространение сочинения в известной форме». Личные права автора Шершеневич считал самостоятельными, входящими в общую группу личных прав, и не включал их в содержание авторского права. В связи с этим он допускал отчуждение исключительного права: «Как всякое благоприобретенное имущество, авторское право подлежит отчуждению со стороны автора и может быть приобретаемо лицами, не участвовавшими в создании литературного произведения».

Г.Ф. Шершеневич сделал вывод о том, что в одну группу с авторским попадают также художественное, музыкальное право, привилегии на промышленные изобретения, права на фирму, клеймо, фабричные рисунки и модели. Он считал, что раз цель их юридической защиты во всех случаях сводится «к предоставлению известным лицам исключительной возможности совершения известных действий с запрещением всем прочим возможности подражания, то эти права следовало бы назвать исключительными».

Г.Ф. Шершеневич уделил в своей книге много внимания вопросу о соотношении авторского права с правом собственности, подвергнув критике взгляды сторонников проприетарной теории авторского права, в частности И.Г. Табашникова. Он считал, что с вещными правами исключительные права сближает абсолютный характер их силы, но поскольку их объектом являются действия, то это сближает их и с обязательственными правами, в связи с чем им следует отвести место в имущественном праве между вещными и обязательственными правами. Позднее он уточнил свою позицию, определив, что место исключительных прав — в отделе прав абсолютных, рядом с вещными правами.

3. Следует отметить, что во многом благодаря работам Г.Ф. Шершеневича точка зрения на авторское право как на исключительное имущественное право победила, когда после многолетней упорной работы и жарких теоретических споров был принят последний российский дореволюционный закон в этой сфере — Положение об авторском праве от 20 марта 1911 г. В нем законодатель сознательно отказался от использования термина «литературная и художественная собственность»,

заменяв его понятием «исключительное право». Законом было установлено, что «автору принадлежит исключительное право всеми возможными способами воспроизводить, опубликовывать и распространять свое произведение» (ст. 2). Исключительное право понималось в Положении как право имущественное.

4. С началом политических и экономических преобразований в первой половине 1990-х годов в российское законодательство вернулось понятие «исключительных прав», но наряду с ним вошел в широкое употребление и термин «интеллектуальная собственность». Причиной послужило его использование в международных соглашениях и зарубежной научной литературе.

В Законе СССР от 6 марта 1990 г. «О собственности в СССР» и в Законе РСФСР от 24 декабря 1990 г. «О собственности в РСФСР» права на результаты интеллектуальной деятельности были не только определены как «интеллектуальная собственность», но и по существу отнесены к объектам права собственности. Однако после принятия в 1994 г. части первой ГК РФ понятие «интеллектуальная собственность» стало использоваться как синоним «исключительного права».

Конституция РФ упоминает интеллектуальную собственность в ст. 44, посвященной свободе творчества, и в ст. 71, относящей правовое регулирование интеллектуальной собственности к федеральному ведению. Использование этого традиционного исторического понятия в Основном законе государства служит выражением определенных экономических и политических начал.

В связи с разработкой части четвертой ГК РФ, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, с новой силой разгорелись споры о содержании и соотношении понятий «интеллектуальная собственность» и «исключительное право». Причиной этих споров стала неопределенность понятия «интеллектуальная собственность», которое, по удачному выражению Е.А. Суханова, является «дважды условным», так как «не только не имеет никакого отношения к собственности, но и касается отнюдь не только результатов интеллектуальной деятельности в прямом смысле этих слов».

По определению В.А. Дозорцева, интеллектуальные права – это принципиально иная группа прав, чем право собственности, выполняющая в отношении нематериальных объектов «ту же экономическую функцию, что и право собственности для материальных объектов, но совершенно другими правовыми средствами, используя другие правовые механизмы».

В.А. Дозорцев, чьи идеи были положены в основу проекта части четвертой ГК РФ, с глубоким уважением и вниманием относился к наследию Г.Ф. Шершеневича в области теории авторского права.

5. В части четвертой ГК РФ «интеллектуальной собственностью» признаются результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, являющиеся объектами гражданских прав. Права, возникающие по поводу интеллектуальной собственности, названы в Кодексе «интеллектуальными правами» (абз. 1 п. 1 ст. 2). Они включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а также личные неимущественные и иные права (ст. 1226 ГК РФ).

Также в законе четко определяется имущественное содержание исключительного права (ст. 1226 и 1229 ГК РФ), предусматриваются широкие возможности его участия в гражданском обороте вплоть до отчуждения в полном объеме (ст. 1233 ГК РФ). Личные неимущественные права создателей результатов интел-

лектуальной деятельности также охраняются законом, но в отношении каждого из них ГК РФ установлен специальный правовой режим.

И исключительное право, имеющее имущественный характер, и личные неимущественные права, по сути, признаются особыми ветвями абсолютных прав.

В ГК РФ также неоднократно подчеркнуто отличие интеллектуальных прав от права собственности. Прежде всего об этом свидетельствует само существование самостоятельной части четвертой ГК РФ, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации (разд. VII).

В ст. 1227 ГК РФ заложен в общем виде принцип, согласно которому интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель, т.е. на ту вещь, в которой воплощен результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации. Они носят самостоятельный характер. В п. 2 ст. 1227 ГК РФ это положение конкретизируется указанием на то, что переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, выраженные в этой вещи. Правообладатель в случае отчуждения вещи, в которой воплощен объект интеллектуальных прав, должен распорядиться дальнейшей судьбой этих прав. При отсутствии такого распоряжения подразумевается, что права остаются у правообладателя (единственное исключение – п. 2 ст. 1291 ГК РФ).

Проект изменений четвертой части ГК РФ, находящийся в настоящее время на рассмотрении в Государственной Думе РФ, предусматривает внесение в ст. 1227 ГК РФ изменений, призванных еще более четко разграничить интеллектуальные и вещные права. В ней предлагается закрепить положение о том, что к интеллектуальным правам не применяются положения разд. II ГК РФ о вещных правах, если иное не установлено в части четвертой ГК РФ. Это означает, в частности, что к результатам интеллектуальной деятельности, созданным в государственных учреждениях или унитарных предприятиях, неприменим режим оперативного управления, поэтому такие организации выступают в отношении этих результатов как обладатели исключительного права и могут распоряжаться своими правами на основании ст. 1229 ГК РФ по своему усмотрению.

Р.Ш. Рахматулина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Финансовый университет при Правительстве РФ

Техническое творчество в авторском праве

Техническое творчество возникает не только в праве промышленной собственности, но и в авторском праве.

Как писал выдающийся российский цивилист Г.Ф. Шершеневич, «авторское право, в смысле исключительного права распространения своего сочинения, является продуктом новейших технических и экономических условий общественной жизни...»¹.

¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 75.

Техническое творчество — это важная составляющая некоторых объектов авторского права. Техническое творчество с точки зрения науки будет самым началом этапа инновационной деятельности, в результате которой создаются новые современные товары, изделия. Участвуют в таком научно-техническом процессе инженеры, ученые и другие лица, которыми проводятся фундаментальные исследования и прикладные разработки. В этой связи фундаментальные исследования являются фундаментом новых научных знаний, а прикладные разработки решают с практической точки зрения, как применять те или иные процессы, как получить нужные и полезные результаты. Все это получается в результате технического, инженерного и научного творчества. Творчество инженера тесно связано с техническим творчеством. На творчество ученого будет влиять та область науки, которая связана непосредственно с техническим творчеством. Так, например, творчество химика, физика, математика будет значительно отличаться от творчества юриста, филолога, философа и историка.

Такое техническое творчество субъектов точных наук будет зависеть от применения всех проведенных исследований от лабораторных и экспериментальных работ к промышленному производству.

Техническое творчество в отличие от творчества в области литературы и искусства связано с определенным объектом, в котором воплотилась техническая идея, замысел автора. Технические объекты, в которых реализуются технически оригинальные работы, могут представлять собой устройства, программы ЭВМ, чертежи, графики, картографические произведения, презентации и т.д.

Техническое творчество также отличается от литературного и художественного творчества своей новизной и неповторимостью. Идею и замысел в литературном и художественном произведении можно повторить, главное, чтобы вновь созданные произведения были не идентичными. В результате создания объектов путем технического творчества невозможно повторить этот объект, так как интерес вызывает совершенный не известный науке экземпляр. В отличие от литературного творчества в большинстве случаев техническое творчество привязано к определенному предмету, будь то устройство, карта и др. В литературном творчестве охраняется не сама форма, а ее содержание.

Как интересно заметил Г.Ф. Шершеневич, «совершенно иной мотив лежит в основании деятельности представителей умственного труда. Художник, передающий на полотне носящийся перед ним образ, поэт, выражающий в гармонирующих словах свое возбужденное состояние, ученый, излагающий в книге рядом логических заключений выработанную идею...»¹. Техническое творчество и в авторском праве, и в праве промышленной собственности — это функция воплощения технических идей. Так, например, при создании произведений мультимедиа используется специальная техническая, информационная обработка произведения. Это результат технической творческой деятельности человека, который усовершенствовал систему образования мультимедийного произведения.

Такой же результат налицо с картографическими картами, где техническое творчество упростило систему использования.

Любая программы ЭВМ — это прежде всего объект результата технического творчества.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 2.

Как же определить разницу между техническим творчеством и работой технических помощников? Творчество — это умственный, интеллектуальный труд. А технические помощники помогают реализовать плоды такого интеллектуального труда. Работа технических помощников связана с механической деятельностью, компоновкой материала, но такую деятельность нельзя сравнить с техническим творчеством.

При строительстве архитектурных сооружений используется техническое творчество, присущее данному объекту.

В фотографиях, так же как при строительстве архитектурных объектов, проявляется результат технического творчества фотографа — это разные технические способы фокусировки, правильно подобранные цвета.

Объекты дизайна также могут быть результатом технического творчества. Дизайнерские объекты можно зарегистрировать как объекты патентного права, также они могут быть результатом интеллектуальной деятельности авторского права.

Как определить техническую составляющую объектов авторского права. Один из критериев такого творчества — это неповторимость технического процесса. Если даже, например, фотограф будет все время одинаково фокусировать кадры, это все равно будут новые неповторимые идеи на разных снимках.

Техническое творчество в авторском праве в большей степени проявляется через инженерное, инновационное, информационное, компьютерное, мультимедийное, аудиовизуальное, конструкторское творчество.

Техническое творчество ставит перед субъектами решение задач, неизвестных ранее, либо определяет способ их решения.

В техническом творчестве объектов больше проявляются такие признаки, как новизна, оригинальность и неповторимость.

В таких объектах авторского права, как, например, мультимедийные произведения, проявляется двойственный характер творческой составляющей: музыкальное и техническое.

Р.Б. Ситдиков,

к.ю.н., ассистент

кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Проблемы защиты интеллектуальных прав в суде по интеллектуальным правам

В России в последнее время продолжается серьезная реформа судебной системы в целом, в рамках которой особая роль отведена процедуре обжалования. В настоящем докладе мы рассмотрим одно из наиболее ярких последних изменений в судебной системе — создание суда по интеллектуальным правам.

Суд по интеллектуальным правам в России еще не функционирует, закон о его создании принят 6 декабря 2011 г. и предусматривает в своих положениях срок для создания суда по интеллектуальным правам до 1 февраля 2013 г.

Данное изменение примечательно для России тем, что в Российской Федерации такой суд создается впервые, хотя такая возможность была предусмотрена давно действующим Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации». В связи с этим эта уникальная для России реформа порождает немало вопросов, среди которых одни из наиболее острых являются вопросы обжалования решений нового суда.

В отличие от общего порядка рассмотрения дел по интеллектуальным спорам во вновь созданном специализированном суде по интеллектуальным правам порядок обжалования законом предусмотрен лишь в кассационном порядке, т.е. после вступления судебного решения в законную силу. В то время как в России по общим правилам судопроизводства обжалование судебных актов возможно и в апелляционном порядке, под которым в национальном законодательстве понимается обжалование судебных актов, не вступивших в законную силу. Думается, что отсутствие стадии апелляционного обжалования связано непосредственно с отсутствием в компетенции Суда по интеллектуальным правам дел по спорам о нарушенных интеллектуальных правах между частными лицами.

Из правил арбитражного судопроизводства в РФ следует, что решения суда по делам об оспаривании нормативных актов вступают в силу немедленно после их принятия, а решения по делам об оспаривании ненормативных актов по общему правилу подлежат немедленному исполнению. Тем не менее могут иметь место и решения по интеллектуальным правам, вступающие в силу по общим правилам ст. 180 АПК РФ (по истечении месячного срока на обжалование). В таком случае видится неразрешенная законом проблема возможности апелляционного обжалования не вступивших в законную силу решений по ряду дел, которые могут быть рассмотрены Судом по интеллектуальным правам в первой инстанции.

Важным фактом является отсутствие у нового Суда по интеллектуальным правам компетенции по рассмотрению дел, касающихся объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем. Так, довольно обширная категория дел выпадает из сферы его действия.

В качестве суда кассационной инстанции Суд по интеллектуальным правам рассматривает дела, рассмотренные им по первой инстанции, а также дела о защите интеллектуальных прав, рассмотренные арбитражными судами субъектов РФ по первой инстанции, арбитражными апелляционными судами. При этом рассмотрение дел в кассационном порядке Судом по интеллектуальным правам осуществляется либо в составе президиума — в случае пересмотра дел, рассмотренных самим Судом по интеллектуальным правам по первой инстанции, либо коллегиальным составом судей — при пересмотре дел, рассмотренных иными арбитражными судами (субъектов Российской Федерации или арбитражными апелляционными судами). Подробного описания процедуры кассационного обжалования в принятом законе нет, что объясняется тем, что разбирательство будет осуществляться по общим правилам, закрепленным в АПК РФ.

Отметим также и нововведение в арбитражный процесс касательно участия в рассмотрении дел специалистов. Принятый закон предусматривает формирование в аппарате суда группы советников, обладающих квалификацией, соответствующей специализации данного суда для целей изучения специальных вопросов, возникающих при рассмотрении конкретных дел, относящихся к компетенции спе-

циализированного арбитражного суда. Таким образом, интересен вопрос участия данного рода специалистов на стадии кассационного производства.

Р.И. Ситдикова,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет,
зав. Татарстанским отделением
кафедры ЮНЕСКО по интеллектуальной собственности

Обеспечение баланса частных, общественных и публичных интересов авторским правом

В настоящее время можно с уверенностью констатировать, что в авторском праве одной из наиболее актуальных является проблема обеспечения справедливого баланса между охраной интеллектуальных прав авторов и иных правообладателей и возрастающими потребностями общества в знаниях, доступе к произведениям науки, культуры и искусства, широкому обмену информацией. Это обусловлено тем, что технические возможности удовлетворения указанных потребностей членов общества сейчас, как никогда, широки. В результате авторское право, первоначально возникшее как система правовых норм, направленных на обеспечение охраны частных интересов авторов результатов творческого труда, в настоящее время трансформировалось в институт гражданского права, закрепляющий и охраняющий не только частные, но и общественные и публичные интересы в процессе создания произведений науки, литературы и искусства. Таким образом, можно сказать, что гражданское право, которое традиционно воспринимается как отрасль, направленная на охрану частных интересов, в настоящее время решает и задачи обеспечения общественных и публичных интересов.

Под частными интересами в авторском праве понимаются интересы авторов и иных правообладателей, направленные на удовлетворение своих материальных и нематериальных потребностей в процессе использования результатов интеллектуальной деятельности, на которые им принадлежат субъективные авторские права. Интерес авторов как создателей творческих произведений носит не только имущественный, но и неимущественный характер, который заключается в признании его творчества, известности, познании действительности. Интерес правообладателей, не являющихся создателями творческих произведений, заключается главным образом в получении имущественной выгоды от использования произведения. Различие в содержании частных интересов авторов и иных правообладателей обуславливает особенности правового регулирования исследуемых отношений.

Общественный интерес, обеспечиваемый авторским правом, имеет конкретное содержание и заключается в возможности доступа к достижениям науки, культуры, искусства и информации неопределенного круга лиц в интересах всего общества. Частный и общественный интересы автора являются парными правовыми категориями, действующими на основе принципа единства и дифференциации

и направленными на обеспечение свободы творчества. В то же время в авторском праве, как и в целом в праве интеллектуальной собственности, наблюдается тенденция усиления охраны интересов правообладателей, не являющихся создателями творческих произведений, что вступает в противоречие с общественными интересами и частными интересами авторов. При этом под общественными интересами понимаются интересы большинства граждан в обеспечении жизненно важных потребностей социального и духовного характера в соответствии с принципом справедливости.

Вместе с тем существующая правовая охрана общественных интересов недостаточно эффективна с точки зрения удовлетворения соответствующих потребностей, поскольку законодателем не до конца осознано самостоятельное значение общественного интереса. В связи с чем возникает необходимость усиления охраны общественных интересов путем совершенствования конкретных правовых механизмов и организационно-правовых мер обеспечения охраны общественных интересов на основе справедливого баланса частных, общественных и публичных интересов.

Справедливый баланс в авторском праве фактически является основной целью правового регулирования, направлен на обеспечение свободы творчества и должен способствовать прогрессивному развитию всего общества и отдельных граждан. Охрана частных прав авторов и иных правообладателей должна быть сбалансирована таким образом, чтобы даже малообеспеченные люди имели возможность доступа к произведениям науки, литературы, искусства, информации для удовлетворения своих разумных потребностей, носящих некоммерческий характер. В то же время и автор, как создатель, должен получать определенную выгоду, в том числе и материальную, от использования результатов его творчества, однако монополия автора тоже должна быть разумной, сверхдоходы будут несправедливыми. Справедливый баланс должен обеспечивать соответствие частных интересов авторов разумным потребностям общества. Такой подход будет способствовать также решению приоритетных задач государственной политики в области культуры, к которым относятся развитие творческого потенциала нации и обеспечение широкого доступа всех социальных слоев к ценностям отечественной и мировой культуры.

Центральное место в обеспечении частных, общественных и публичных интересов занимает гражданско-правовой механизм их обеспечения. Специфика названного гражданско-правового механизма обусловлена особенностями правовой природы объекта авторского права: нематериальный характер; наличие информационной составляющей; общественная значимость (предназначенность для использования неопределенным кругом лиц).

Гражданско-правовой механизм обеспечения баланса названных интересов включает в себя гражданско-правовой механизм охраны авторских прав и гражданско-правовой механизм свободного использования произведений. Гражданско-правовой механизм свободного использования произведений направлен на обеспечение общественных интересов и включает пять основных гражданско-правовых средств:

— установление перечня охраняемых правом интеллектуальной собственности результатов интеллектуальной деятельности и нормативное закрепление критериев предоставления правовой охраны результатам интеллектуальной деятельности авторским правом;

- нормативное закрепление видов результатов интеллектуальной деятельности, не охраняемых авторским правом;
- переход охраняемых произведений в общественное достояние вследствие истечения срока охраны исключительных прав;
- предоставление возможности свободного использования произведения по первоначальному волеизъявлению автора.

Указанные гражданско-правовые средства позволяют установить так называемые исключения из авторского права. Под исключением из авторского права понимается нормативное закрепление условий, в соответствии с которыми в отношении результатов интеллектуальной деятельности авторское право не возникает или перестает действовать, в результате чего произведение может использоваться без специального разрешения любым способом всеми лицами.

В рамках гражданско-правового механизма осуществления исключительных авторских прав действует гражданско-правовой механизм ограничений авторских прав, который направлен на обеспечение общественных и публичных интересов путем нормативного закрепления ограничений авторских прав в различных общественно значимых целях. Ограничения исключительных авторских прав устанавливаются законом или автором пределах. Ограничения авторских прав устанавливаются в зависимости от развития и потребностей общества и в процессе становления авторского права имеют тенденцию к расширению. Для обеспечения справедливого баланса частных, общественных и публичных интересов обоснована необходимость расширения исключений из авторского права в общественно значимых целях, а также целесообразность и актуальность введения нового вида ограничения авторских прав — ограничение исключительных авторских прав по волеизъявлению автора в случаях и пределах, установленных автором.

Правовая модель обеспечения частных, общественных и публичных интересов авторским правом включает также систему гражданско-правовых договоров и меры по предотвращению незаконного копирования произведений. В современных технологических условиях эффективным средством защиты от несанкционированного копирования в отношении экземпляров произведений, находящихся в цифровой форме, являются технические средства защиты авторских прав, применение которых по своей сути являются формой самозащиты авторских прав.

Необходимо отметить, что, в то время как охрана авторских прав имеет достаточно детальную регламентацию в международных договорах по авторскому праву и высокую унификацию в национальных законодательствах, ограничения авторских прав регламентированы слабо. В международных договорах закреплено только несколько случаев ограничений авторских прав и определены общие подходы. Специфика правовой регламентации ограничений авторских прав в национальных законодательствах зависит от конкретного правового порядка и неправовых факторов.

В условиях построения гражданского общества и социально ориентированного государства вопросы, связанные с охраной общественных интересов и обеспечением баланса частного, общественного и публичного интересов на различных участках правового регулирования, будут представлять теоретическую и практическую значимость.

О.В. Сушкова,
к.ю.н., ст. преподаватель
кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности как способ введения в гражданский оборот

Развитие предпринимательских отношений, а с ними и торгового оборота, несомненно, является тем основным регулятором, который позволяет не только улучшать экономическую ситуацию, но и повышать уровень правового регулирования всех сделок, посредством которых возможно проводить коммерциализацию объектов интеллектуальной деятельности.

Рассмотрение этого вопроса не является каким-то новым аспектом в исследовании реализации прав на объекты интеллектуальной собственности. Однако одним из основных мыслителей, которые заложили фундамент науки в области интеллектуальной собственности, является Г.Ф. Шершеневич. Его многогранный интерес не только к классическим институтам гражданского права, но и к вопросам промышленных объектов, средств индивидуализации юридического лица, в настоящее время можно рассматривать как уникальность.

Тем не менее в современном гражданском обществе объекты интеллектуальной собственности приобретают особую актуальность, особенно на рынке товаров и услуг. Г.Ф. Шершеневич так характеризовал такую особенность объектов интеллектуальной собственности: «Потребность в защите интересов изобретателя возбуждается тем важным значением, какое приобретает промышленное изобретение как одно из орудий борьбы в экономическом строе, основанном на началах свободной конкуренции...»¹

В настоящее время предпринимательское сообщество все больше нуждается в международной гармонизации и стабильности системы интеллектуальной собственности, и эта потребность стала еще острее из-за растущей глобализации сделок, связанных с интеллектуальной собственностью.

Необходимо отметить, что развитие новых технологий позволяет производить как коммерциализацию объектов интеллектуальной собственности, так и создает угрозу таким действиям, поскольку в настоящее время правовое положение сети Интернет не подпадает под правовое регулирование законодательства в РФ².

Однако в настоящий период законодателем разрабатываются положения о внесении в часть четвертую ГК РФ норм об отнесении интернет-сайта к объектам ав-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2: Товар. Торговые сделки. М., 2005. С. 81.

² Проект федерального закона № 47538-6, принятый ГД ФС РФ в первом чтении 27 апреля 2012 г. Однако впоследствии законодательным органом законопроект был разделен на несколько проектов (см.: Комментарий к Проекту федерального закона о внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ // СПС «КонсультантПлюс».)

торского права. При этом Проект ГК РФ не только обозначает его с точки зрения правового содержания, но и дает определение.

Так, под интернет-сайтом предполагается понимать представленную в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы они могли быть размещены в сети Интернет (абз. 3. п. 2. ст. 1260 Проекта).

Возникают и другие вопросы, на которые указывал Г.Ф. Шершеневич. В частности, он отмечал, что «вредное влияние права на изобретение усматривают в том, что оно препятствует широкому распространению технических идей в промышленности. Став монополистом, торговое предприятие ограничивает количество выпускаемых новых продуктов условиями своего производства. Другие предприятия могли бы, подхватив новую идею, удовлетворить поднымаемому спросу, но они бессильны перед запрещением...». При этом, с другой стороны, он же выдвигал соображение против права на промышленные изобретения, поскольку считал, что они являются «тормозом в развитии промышленной техники». Действительно, огромное количество патентованных изобретений ставило их обладателей в затруднение при усовершенствовании условий производства, поскольку имелись опасения, что авторы могут посчитать такие действия нарушением своих исключительных прав.

Что же изменилось в сфере регулирования интеллектуальной собственности за последние годы? На этот вопрос можно ответить, что в настоящее время иницируются позитивные действия законодательного органа РФ по внесению изменений в ГК РФ именно в той части, о которой упоминал Г.Ф. Шершеневич.

В силу абз. 3 п. 3 ст. 1229 ГК РФ в действующей редакции распоряжение исключительным правом осуществляется правообладателями совместно, если иное не установлено ГК РФ. Проект ГК РФ дополняет данную норму диспозитивным положением, позволяющим распорядиться исключительным правом в ином порядке, если это установлено соглашением между правообладателями.

Так, каждый из правообладателей вправе передать (возмездно или безвозмездно) свою долю в исключительном праве всем лицам, совместно с которыми он обладает этим правом, в равных долях (абз. 4 п. 3 ст. 1229 ГК РФ в редакции Проекта). Отчуждение доли автора в исключительном праве третьим лицам не допускается.

Исключения из данного правила устанавливаются разд. VII ГК РФ. Доля в исключительном праве, принадлежащая не самому автору, может быть отчуждена третьему лицу только с согласия всех остальных правообладателей. Помимо этого правообладатель может завещать свою долю в исключительном праве. По мнению авторов рассматриваемого документа, указанные положения Проекта ГК РФ направлены на защиту интересов авторов результатов интеллектуальной деятельности, не ограничивая при этом интересы правообладателей — юридических лиц.

Давно известная позиция, согласно которой система интеллектуальной собственности работает только на пользу развитым странам и зарубежным компаниям и может лишь помешать экономическому росту развивающихся или менее развитых стран, продолжает находить отклик в ряде стран и сообществ. Это в особенности проявилось при обсуждении Программы развития ВОИС¹.

¹ Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (подписана в Стокгольме 14 июля 1967 г., изменена 2 октября 1979 г.). Конвенция ратифицирована Указом Президента Верховного Совета СССР от 19 сентября 1968 г. № 3104-VII с заявлением: «Союз Советских Со-

В контексте этих обсуждений была поставлена под сомнение ценность Соглашения ТРИПС¹ для развивающихся и менее развитых стран. Поднимались следующие вопросы: о защите результатов исследований; об охране прав интеллектуальной собственности; о доступности охраняемых авторским правом материалов для учебников, образовательных и научных журналов; о влиянии охраны прав интеллектуальной собственности на передачу технологий от развитых стран; о расширении защиты географических обозначений в других сферах².

Поэтому, представляется, чтобы эффективно решать вопросы коммерциализации объектов интеллектуальной собственности, чтобы избежать жесткого ограничения по их оборачиваемости, и государственные органы, и бизнес-сообщества должны находить компромисс в этом вопросе. В связи с чем можно дать некоторые рекомендации по развитию сферы интеллектуальной собственности.

Основным инициатором в реализации прав интеллектуальной собственности остаются хозяйствующие субъекты, которые продолжают развивать и распространять идею о том, что сильная защита интеллектуальной собственности поощряет научные изыскания и их развитие, а также играет ключевую роль в развитии торговли и прямых иностранных инвестиций. Безусловно, такие действия основаны на правовых положениях ТРИПС в сфере предпринимательской деятельности, поскольку именно субъекты хозяйственного оборота играют активную роль в обсуждениях, проводимых ВОИС по вопросам внедрения новых предложений по коммерциализации результатов интеллектуальной собственности. При этом надо понимать позицию предпринимателей и их желание увеличить товарооборот. Кроме того, предпринимательская сфера деятельности развивает свои отношения с партнерами при помощи Торгово-промышленной палаты, которая не только помогает субъектам предпринимательских отношений классически расширять сферы сбыта товаров или объем оказываемых услуг, но также разрабатывает различные программы, которые разъясняют предпринимателям эффективность использования объектов интеллектуальной собственности в обычной хозяйственной деятельности. Обусловлено это тем интересом, что действительно объекты интеллектуальной собственности помогают реализовать тот или иной товар на рынке, широко предоставить услуги и т.д.

Однако, несмотря на такую широкомасштабную деятельность, действия, совершаемые предпринимателями, будут оставаться невостребованными, если государство в лице своих органов не предпримет активные шаги по улучшению как экономического, так и инвестиционного климата для использования интеллектуальной собственности в торговом обороте.

циалистических Республик заявляет, что Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности, регулирует вопросы, затрагивающие интересы всех стран, и поэтому она должна быть открыта для участия всех государств в соответствии с принципом их суверенного равенства». Вступила в силу для России с 26 апреля 1970 г. (СПС «КонсультантПлюс»).

¹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС / TRIPS) [рус., англ.] (заключено в г. Марракеше 15 апреля 1994 г.). Соглашение вступило в силу для России 22 августа 2012 г. На русском языке Соглашение опубликовано не было // International Investment Instruments: A Compendium. Vol. I. New York; Geneva, 1996. P. 337–371 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Актуальные вопросы интеллектуальной собственности для предпринимателей: Рекомендации для предпринимателей и органов власти. 10-е изд. Международная торговая палата. 2010 // СПС «КонсультантПлюс»).

Представляется необходимым указать на тот факт, что государственным органам необходимо проводить аккумуляцию идей в одном месте. В РФ есть попытки такой аккумуляции. Создание Инновационного центра «Сколково», а также разработка мер по правовому регулированию правоотношений (Федеральный закон от 28 сентября 2010 г. «Об инновационном центре «Сколково»»), которые будут там устанавливаться с 1 января 2014 г., является первым шагом государства в сторону коммерциализации идей.

Безусловно, именно такие действия со стороны государства будут улучшать инновационный потенциал предпринимателей и их способность признавать и интегрировать новые технологии.

С.В. Усольцева,

к.ю.н.,

доцент кафедры предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса,

Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Проблемы определения природы интеллектуальных прав: от истории к современности

А.Л. Маковский пишет: «Теория исключительных прав как строго научное объяснение юридической природы субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на средства индивидуализации субъектов и объектов торгового оборота была утверждена в России на рубеже XIX и XX столетий двумя выдающимися отечественными цивилистами — Габриэлем Феликсовичем Шершеневичем (1863—1912) и Александром Александровичем Пиленко (1873—1956). Вполне законченное выражение эта теория получила в двух превосходно написанных и читаемых сегодня с неослабным интересом монографиях — «Авторское право на литературные произведения» Г.Ф. Шершеневича (1891) и «Право изобретателя» А.А. Пиленко (1902—1903)».

В полном соответствии с потребностями своего времени названные авторы пытались найти научное объяснение природы прав на результаты интеллектуальной деятельности, с тем чтобы далее определить место этих прав в системе субъективных гражданских прав, а соответствующего правового института — в системе права и законодательства. В период написания работы Г.Ф. Шершеневича законодательная «картина» в отношении результатов интеллектуальной деятельности выглядела столь «пестрой», что действительно надо было обладать даром научного предвидения для построения теоретических конструкций в данной сфере. Из наименований и содержания указанных работ ясно видно, что анализу подвергались авторские права и патентные права соответственно. Конечно, многие выводы оказались универсальными, их можно распространить на сферу интеллектуальной собственности в целом.

Говоря о необходимости создать систему гражданского права, «обнимающую все частные права», Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «препятствием к тому явля-

ется приверженность к римскому праву, не знавшему указанных институтов, и к системе, выработанной на этой почве. Эти рамки оказываются слишком узкими в настоящее время, неспособными вместить в себя отношения, порожденные новыми условиями социального существования». И это сказано в конце XIX в.! Задача эта, однако, не вполне решена и сейчас.

Правоотношения в сфере создания и использования результатов интеллектуальной деятельности обладают определенной самостоятельностью, обособленностью, имеют достаточно четкие предметные критерии отграничения их от иных правоотношений. Радикальная позиция, согласно которой интеллектуальные правоотношения не носят гражданско-правового характера, представляется неверной по существу. Обосновывая самостоятельную отраслевую природу этих правоотношений, отмечают, например, двуединую природу интеллектуальной собственности, которая проявляется «в единстве частного (личного) интереса и общественных потребностей при значительном преобладании публичного правового начала».

К сожалению, автор цитируемой публикации не раскрывает, в чем именно он усматривает «преобладание публичного начала». Однако само это утверждение весьма показательно: за отрицанием гражданско-правовой природы всегда кроется ущемление интересов создателей результатов интеллектуальной деятельности, прежде всего авторов объектов интеллектуальной собственности, что вряд ли соответствует мировым тенденциям и вектору развития современного российского общества. Вообще наблюдается прямая зависимость между избранной в качестве основной концепцией, ее законодательным оформлением и практическим применением созданных норм права. Таким образом, определение правовой природы определенных общественных отношений оказывается не только теоретической проблемой.

Исторически к правовому опосредованию интеллектуальных общественных отношений существовали два подхода. Первый основан на признании права на результат интеллектуальной деятельности «неотъемлемым», «естественным», «священным» правом каждого человека; второй, напротив, предполагает признание правопорождающего характера воли законодателя, т.е. возможности последнего наделять соответствующими правами субъектов, создающих или использующих результаты интеллектуальной деятельности. Развитие правовых конструкций, с помощью которых оформлялись и регулировались рассматриваемые отношения, традиционно происходило в лоне гражданского права. Понимание последнего не оставалось неизменным: некоторые правовые образования, признаваемые сегодня в качестве самостоятельных отраслей права (например, семейное право), изначально сформировались в праве гражданском и впоследствии «отпочковались» от него.

Полагаем, не случаен всплеск в современной юриспруденции научного интереса к категориям частного и публичного, в результате чего подвергаются переосмыслению многие устоявшиеся гражданско-правовые явления, а также пересматривается само понятие гражданского права как отрасли, науки и учебной дисциплины. Подчеркнем еще раз: принципиальное значение имеет признание интеллектуального права как права частного, а не придание ему «статуса» самостоятельной отрасли. Права на результаты интеллектуальной деятельности, без сомнения, теснейшим образом связаны с личностью их обладателей. При этом, как правило, создавае-

мые результаты предназначены для общества, а их роль и значение в развитии последнего трудно переоценить. Но разве это свидетельствует «о преобладании публичного интереса над частным»?

В современной юридической науке часто акцентируется проблема сочетания частных и публичных начал в различных отраслях права, и ее исследования подтверждают простую истину: взаимосвязь частного и публичного в праве всегда была, есть и будет – различны лишь пропорции, соотношение того и другого в конкретной отрасли. «Отрыв» интеллектуального права от гражданско-правовой отрасли опасен не сам по себе, а как показатель движения правового регулирования в сторону усиления «властного элемента» (публичного начала).

Существует два основных («магистральных») пути регулирования правом тех или иных общественных отношений: императивный и диспозитивный, которые соответствуют, используя выражение М.М. Агаркова, «двум великим течениям юридической эволюции», т.е. публичному и частному праву. Гражданское право, являясь «типичным представителем» частноправовых образований, одновременно и закономерно является примером последовательной реализации начал диспозитивности в правовом регулировании. Второй важнейшей характеристикой метода гражданско-правового регулирования выступает юридическое равенство сторон («отношения координации»), которое хотя и не исключает полностью существования «вертикальных» связей между отдельными субъектами гражданско-правовых отношений, однако значительно превосходит их в количественном отношении. Оценивая с этих позиций интеллектуальные правоотношения, следует признать соответствие приемов и способов их правового регулирования вышеуказанным признакам. Как отмечает В.Ф. Яковлев в своей, ставшей уже классической, работе, специально посвященной гражданско-правовому методу, под последним понимается «способ воздействия на отношения, который является дозволительным, характеризуется наделением субъектов на началах их юридического равенства способностью к правообладанию, диспозитивностью и инициативой, обеспечивает установление правоотношений на основе правовой самостоятельности сторон». Сама постановка вопроса о границах гражданского права полезна, так как всегда предполагает переосмысление устоявшихся взглядов с целью определения возможности «встраивания» в сложившуюся систему того или иного правового образования. В этом смысле споры вокруг торгового (коммерческого, хозяйственного, предпринимательского), семейного и, в несколько меньшей степени, трудового права выполняют одну и ту же функцию: уточняют правовую природу частных отношений. Интеллектуальное право не является исключением, и вариации на тему его отраслевой самостоятельности будут периодически возобновляться.

Представляется, что в предмет гражданско-правового регулирования могут и должны включаться общественные отношения, возникающие в связи с созданием и использованием материальных и интеллектуальных благ, которые являются соответственно результатом материальной или интеллектуальной деятельности человека, материального или духовного производства. Этим отношениям одинаково присущ взаимооценочный, стоимостный характер, они складываются между юридически равными и самостоятельными субъектами права. Различия между данными двумя группами отношений проистекают из отличий материальных и интеллектуальных благ как объектов гражданских прав.

В.А. Хохлов,

д.ю.н., профессор

кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный экономический университет

Профессор Г.Ф. Шершеневич и формирование российского авторского права

Многообразная, яркая и плодотворная деятельность Г.Ф. Шершеневича требует специальных исследований. В данном случае выскажемся лишь об аспектах, связанных с авторским правом.

К тому моменту, когда Г.Ф. Шершеневич вышел на защиту докторской диссертации (1891)¹, цельной системы взглядов на существо авторских прав еще не сложилось. Более того, в числе противников положений его диссертации был и маститый проф. И.Г. Табашников, неоднократно высказывавшийся отрицательно о взглядах Г.Ф. Шершеневича². В кратком изложении «камнем преткновения» и предметом спора была прежде всего природа авторского права. В частности, проф. И.Г. Табашников придерживался популярного в то время взгляда на авторское право как проявление такого глобального явления, как собственность. Исследования же Г.Ф. Шершеневича привели к необходимости признать авторские права самостоятельным явлением, в котором имеются различные составляющие, включая имущественную («право на распространение»)³.

Наконец, Г.Ф. Шершеневич решительно возражал против исторически сложившегося понимания авторского права как «монополии» (как публичной, так и частной). Невозможность этого он выводил из того, что нельзя полагаться на «доброе расположение к автору», современники справедливо оценили эту позицию⁴.

При этом было бы неверным сводить этот спор к банальному и хрестоматийному конфликту со сторонниками проприетарного подхода: это противопоставление во многом не то чтобы надумано, сколько вольно интерпретируется⁵. Тем более что сторонники проприетарного подхода на самом деле утверждали лишь о том, что относительно объектов авторского права должны применяться «основные принципы» правового режима собственности (абсолютность действия — в отношении всех и каждого, максимальный объем, особые средства защиты и т.п.). Нет сомнений в том, что такое понимание сегодня нашло отражение в описании исключительного права (см. ст. 1229 ГК РФ). Хотя вряд ли следовало бы в подобных случа-

¹ Содержание диссертации отражено в работе: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891.

² См., например: *Табашников И.Г.* Литературная собственность, музыкальная и художественная собственность с точки зрения науки гражданского права. СПб., 1878.

³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения: репринтное издание ООО «Спарк». Казань, 1891. С. 70 и далее.

⁴ Например, С.А. Беляцкий отмечал, что при понимании авторского права как монополии недалеко и до усмотрения в нем и привилегии (см.: *Беляцкий С.А.* Новое авторское право в его основных принципах. СПб., 1912. С. 32–35).

⁵ См. об этом, например: *Бентли Л., Шерман Б.* Авторское право. СПб., 2004. С. 61 и др.

ях в качестве аналога произведения называть вещи — это вызывало непонимание и давало пищу для жестких возражений.

Спор охватывал и более важные («глубинные») аспекты. Например, симпатична идея И.Г. Табашникова о том, что авторское право рождается все же не из закона (объективного права), а из естественного положения вещей, акта создания произведения конкретным лицом, который и обладает в отношении данного объекта максимально возможными правами, закон лишь санкционирует эту ситуацию и существование персональных авторских прав. Г.Ф. Шершеневич упрекал такое определение в неясности, в отсылке к «непонятному» источнику, попытке реанимировать теорию «естественных прав». Но сейчас мы можем лишь констатировать, что в этом пункте прав оказался все же И.Г. Табашников.

Конкретные результаты работ Г.Ф. Шершеневича сформировали и современное понимание других аспектов авторского права. В частности, Габриэль Феликс-ович отстаивал необходимость такой защиты авторских прав, когда бы еще некоторое время после смерти создателя произведения никто бы, кроме его наследников (или близких людей), не получал выгоды из публикации (иного использования); но эти возможности не могут быть вечными и было бы правильным обществу периодически — исходя из стоящих перед ним задач — пересматривать эти сроки. Эти соображения видятся уместными и сегодня, тем более что Г.Ф. Шершеневич вовсе не утверждал, что эти сроки непременно должны увеличиваться (что потенциально допускает и уменьшение сроков в отношении определенных объектов).

В тот период еще не был положительно решен вопрос о том, как, из каких источников и с помощью какого механизма следует удовлетворить интересы самого автора; высказывались идеи от создания специальных комитетов, которые бы оценивали работы и назначали авторам надлежащую сумму, до предложений просто передать решение этого вопроса Правительству. Надо заметить, что потребность в выделении имущественной составляющей в авторском праве Г.Ф. Шершеневич усматривал прежде всего в том, чтобы обеспечить защиты интересов «интеллектуальных тружеников»¹.

Существенная роль принадлежит Г.Ф. Шершеневичу в проведении границы между личными неимущественными правами и имущественным (исключительным) правом. Любопытно, что он, видимо, первым из российских авторов назвал соответствующий раздел учебника гражданского права «Исключительное право»², сопроводив необходимыми пояснениями. Вот пример: «Исключительное право тем не менее... легко отрывается от личности того человека, духовному творчеству которого обязан своим существованием объект права», «это право *sui generis*»³. Такова отправная точка понимания и сегодняшнего исключительного права, в том числе его концепции, выраженной в части четвертой ГК РФ⁴.

¹ Эта идея рефреном проходит через всю работу, в том числе для доказательства того, почему следует не полагаться на вознаграждение от государства или иных органов (см.: Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. С. 9—11).

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. I. М., 2005. С. 429.

³ Там же. С. 431—432.

⁴ Здесь заметим, что Г.Ф. Шершеневич не делал вывода о том, что исключительное право может оказаться оторванным от фигуры автора полностью, что сегодня, к сожалению, реализовано в договоре об отчуждении исключительного права.

Вообще говоря, в самой направленности работ, а также в отборе тем для исследований Г.Ф. Шершеневича наблюдается ясная логика восхождения от частного к общему, от оценки отдельных явлений к исследованию и систематике права в целом. Так, после защиты докторской диссертации по авторскому праву (1891 г.) он почти сразу же приступает к изучению того пласта взаимодействия права и реальных отношений, который вполне может именоваться концептуальным. Так появились известные труды по истории и теории права.

Эта логика заметна применительно и к авторскому праву. Возможно, основной заслугой Г.Ф. Шершеневича в этой сфере является все же не решение отдельных вопросов (например, что именно относится к объектам авторского права, каким образом это право передается и т.п.), а определение места авторского права в системе права, гражданского права.

Для понимания сложившейся тогда ситуации надо помнить, что работа над Проектом Гражданского уложения только началась и среди членов Высочайше утвержденной комиссии по составлению этого акта были существенные разногласия¹. Лишь в 1887 г. положения об авторском праве были выделены из полицейских законов (!), еще обсуждалась теория Гербера о том, что до перепечатки произведения без разрешения вообще нет авторского права (т.е. само авторское право связано преимущественно с деликтом!)...

Весьма образно обрисовывает суть проблем И.Г. Табашников: «С тех пор, как положительные законодательства приняли это злополучное право под свою защиту, оно носится по горизонту науки без всякого определенного назначения и по дунению того или иного ученого или легко передвигается с одного места на другое, или же парит в пространстве, подобно птице, высматривающей место, куда ей удобно было бы опуститься»².

Какая судьба ожидает авторское право, к каким институциональным компонентам правовой системы оно примкнет, каково его место в праве? И здесь твердая, решительная и глубоко аргументированная позиция Г.Ф. Шершеневича, его работы во многом предопределили последующие события.

Во-первых, изменилась оценка Министерством юстиции раздела Проекта Гражданского уложения, например, при передаче Проекта для дальнейшей работы оно отказалось именовать авторское право «собственностью», предложив усматривать в нем особое явление.

Во-вторых, идеи Г.Ф. Шершеневича отразились в конкретных нормах права, в частности, в Положении об авторском праве 1911 г. Напомним, что это был не рядовой акт (как может показаться из названия), а именно Закон Российской империи, одобренный Государственным Советом и Высочайше утвержденный. К сожалению, Г.Ф. Шершеневич умер в следующем году.

В-третьих, взгляды Г.Ф. Шершеневича отразились в доктринальных оценках, в учебной литературе того времени. Так, уже в известном учебнике В.И. Синайского авторские права и права на изобретения обособлены от вещных прав, с приме-

¹ По этому вопросу см., например, замечания другого нашего выдающегося цивилиста — Я.А. Канторовича: *Канторович Я.А.* Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. СПб., 1916. С. 65 и послед.

² *Табашников И.Г.* Указ. соч. С. 120.

чением, что «понятие об авторском праве, несомненно, шире понятия права собственности», авторское право передаваемо и т.п.¹

Таким образом, работы Г.Ф. Шершеневича в конечном счете привели к тому, что положения авторского права не вышли за пределы «орбиты цивилистики», оказались включенными в ее систематику и составляют часть ее нормативно-правового массива.

Г.Г. Ягфарова,

студентка 3-го курса юридического факультета,
Казанский (Приволжский) федеральный университет
научный руководитель к.ю.н., доцент Р.И. Ситдикова

Частные письма как объекты авторского права

Авторское право является одним из важных институтов гражданского права. Оно возникло еще в Средние века, но до сих пор остаются актуальными вопросы правового регулирования отношений по поводу создания, использования и охраны результатов интеллектуальной деятельности. Проблемами авторского права интересовались многие ученые-цивилисты России; в дореволюционный период это были С.А. Беляцкий, Ю.И. Гамбаров, К.П. Победоносцев, В.Д. Спасович, И.Г. Табашников и др.

Особое внимание среди них следует уделить Г.Ф. Шершеневичу, поскольку авторское право явилось объектом исследования его докторской работы «Авторское право на литературные произведения», успешная защита которой состоялась в декабре 1891 г. в городе Казани.

Хотелось бы рассмотреть здесь взгляд Г.Ф. Шершеневича на частные письма как объекты авторского права.

В Приложении к ст. 420 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи право собственности на произведения наук и словесности распространяется и на частные письма, записки и другие бумаги. Закон признавал частные письма литературными произведениями и предоставлял им правовую охрану.

Однако в дореволюционной литературе отношение к такому объекту авторских прав было различным. Так, В.Д. Спасович считал, что необходимо ограничить права литературной собственности путем исключения некоторых объектов, например частных писем, из авторского права². Г.Ф. Шершеневич придерживался другого мнения. В своей докторской работе он особо выделил частные письма в качестве специфических объектов авторских прав.

В ст. 2 Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 г. закреплено, что термин «литературные и художественные произведения» охватывают любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от формы и способа ее выражения. Частные письма не содержат-

¹ См.: *Синайский В.И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 276.

² См.: *Спасович В.Д.* Вопрос о так называемой литературной собственности // Вестник Европы. 1874. Т. 3. Кн. 6. С. 469.

ся в перечне, раскрывающем произведения литературы. Но страны вправе распространять правовую охрану и на другие объекты, например на письма.

В ст. 1259 ГК РФ, где закреплён открытый перечень объектов авторских прав, частные письма прямо не упоминаются. Но в то же время они не названы и в качестве объектов, на которые не распространяются авторские права. Следовательно, можно сказать, что частные письма охраняются авторским правом. К тому же частные письма вполне можно отнести и к литературным произведениям, так как критериев определения произведения литературным закон не даёт. Такие критерии выделяются только в теории. Например, «произведение, представляющее результат научного творчества и выраженное в форме статьи или книги, традиционно рассматривается в качестве литературного произведения»¹. Г.Ф. Шершеневич определяет литературное произведение как «продукт духовного творчества, облечённый в письменную или словесную форму и предназначенный к обращению в обществе»².

Не представляют особой сложности ситуации, когда какое-либо произведение написано в жанре писем: «Персидские письма» (Ш. Монтескье), «Письма русского путешественника» (Н.М. Карамзин), «Письма о добром и прекрасном» (Д.С. Лихачев). Они, несомненно, являются литературными произведениями и охраняются авторским правом.

Г.Ф. Шершеневича интересовал вопрос, подпадает ли частная переписка между людьми, в частности письма писателей, артистов, под регулирование авторского права. Частные письма можно признать литературным произведением, если они отвечают критериям творчества и будут опубликованы, т.е. станут достоянием общества. Как пишет Габриэль Феликсович, «в частных письмах человек больше всего проявляет свою натуру, потому что он не сдерживается мыслью, что каждое слово его будет прочитано публикою и подвергнуто критике»³. Именно поэтому письма представляют особый интерес при составлении биографий известных людей. Однако стоит помнить, что в письмах содержится личная информация, все то, что составляет частную жизнь человека. Если живой человек ещё может как-то защитить свои права на частную жизнь, то как быть, если автор писем уже умер? По общему правилу права на эти письма приобретают наследники автора.

Письмам как объектам авторского права предоставляется правовая охрана по гражданскому законодательству. В ст. 1252 ГК РФ предусмотрены способы защиты исключительных прав, а в ст. 1301 ГК РФ — ответственность за нарушение исключительного права на произведение в виде требования выплаты компенсации.

Содержание частных писем в основном содержит информацию о личной жизни человека. Поэтому Конституция РФ охраняет тайну переписки. Кроме того, в ст. 23 Конституции РФ закреплено, что каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени.

Частные письма нельзя признать объектом авторских прав в случае, если они не предназначены к обращению в обществе, даже если это письма известных писателей⁴. Обнародование писем без согласия автора будет незаконным, так как в соответствии со ст. 24 Конституции РФ сбор, хранение, использование и распростра-

¹ Близнец И.А., Леонтьев К.Б. Авторское право и смежные права. М., 2010. С. 13.

² Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 154.

³ Там же. С. 186.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 257.

нение информации о частной жизни лица без его согласия не допускаются. Нормы авторского права распространяться на данную ситуацию не будут.

Если лицо само решит опубликовать частные письма, то для этого нет никаких препятствий. Автор, согласно ст. 1268 ГК РФ, имеет право на обнародование своего произведения, т.е. сделать его доступным для всеобщего сведения путем опубликования, публичного показа, публичного исполнения, сообщения в эфир или по кабелю либо любым другим способом.

Наибольший интерес для общества представляет полная переписка нескольких лиц. Вправе ли один автор обнародовать эти письма без согласия собеседника? Г.Ф. Шершеневич писал, что «только при разрешении субъекта авторского права можно выпустить в свет такие письма»¹. В Приложении к ст. 420 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи предусмотрено, что «частные письма, не предназначенные для публики, могут быть издаваемы в свет только с согласия как того лица, которым они написаны, так и того, к которому написаны; в случае же смерти их обоих или одного кого-либо, с согласия наследников». Эта норма уникальна, поскольку подобного положения в зарубежных законодательствах в то время не было.

В российском законодательстве нет прямой нормы, регулирующей данную ситуацию. Опубликование сведений частного характера могут быть основанием уголовной или гражданско-правовой ответственности, так как нарушается конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако можно рассматривать переписку нескольких лиц как произведения, созданные в соавторстве. Так, в ст. 1258 ГК РФ предусмотрено, что граждане, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами независимо от того, образует ли такое произведение неразрывное целое или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение. В таком случае произведение должно использоваться соавторами совместно.

При рассмотрении таких объектов авторского права, как частные письма, возникают также вопросы: есть ли различия между письмами общеизвестных людей и семейной, частной перепиской? Каковы критерии разграничения литературных писем и нелитературных? И.А. Гончаров писал, что «ни в законе, ни в практике не выработано различий между перепиской, касающейся подробностей домашней, семейной жизни частного лица, и письмами, представляющими литературный, художественный, научный интерес»². Г.Ф. Шершеневич считал, что не стоит устанавливать различия между такими письмами, так как:

1) письмо, которое не предназначается к литературному обороту, не может быть названо литературным произведением;

2) «в письме самого интимного характера, которое автор, может быть, менее всего желал бы видеть опубликованным, рядом с семейными вопросами могут быть затронуты важнейшие общечеловеческие задачи, могут встретиться поэтические страницы, написанные под влиянием действительно переживаемого чувства»³.

В своем исследовании, посвященном авторскому праву, Г.Ф. Шершеневич пришел к выводу, что «все письма без различия их характера могут быть объектом ав-

¹ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань, 1891. С. 187.

² Гончаров И.А. Нарушение воли // Вестник Европы. 1889. Т. 2. Кн. 3. С. 78.

³ Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. С. 189.

торского права»¹. Следовательно, они подлежат правовой охране, как и все остальные объекты. В современном российском авторском праве частные письма, хотя и прямо не указаны в перечне объектов авторского права, подпадают под правовое регулирование авторского права и получают соответствующую охрану. Данный объект, кроме того, охраняется и другими отраслями права, что придает частным письмам определенную специфику.

НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

В.В. Акинфиева,

ассистент кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Некоторые гражданско-правовые проблемы наследования по завещанию

Проблема наследования, как одна из наиболее актуальных проблем гражданского права, имеет многовековую историю, привлекала и привлекает внимание многих цивилистов. Неотъемлемым компонентом общей проблемы наследования является вопрос наследования по завещанию, в частности признания завещания недействительным.

В этой связи обращают на себя внимания два аспекта наследования по завещанию. Первый касается отсутствия законодательного закрепления понятия завещания. На наш взгляд, следуя логике законодателя, следовало бы закрепить понятие завещания в действующем законодательстве. В структуре раздела ГК РФ, посвященного наследованию, нормы, регулирующие наследование по завещанию, включены в гл. 62, предшествующую гл. 63 «Наследование по закону», что говорит о предпочтительном отношении законодателя к завещанию — односторонней сделке, которая создает права и обязанности после открытия наследства (п. 5 ст. 1118 ГК РФ).

В развитие этого законодателью следовало бы закрепить понятие завещания, дабы сделать его более доступным для понимания широких масс. Пункт 5 ст. 1118 ГК РФ можно дополнить следующим образом: «Завещание — это личное распоряжение гражданина своим имуществом на случай смерти (включая завещательные распоряжения) с назначением наследников и (или) лишение наследника (наследников) права наследования, сделанное в предусмотренной законом форме и удостоверенное лицами, указанными в законе».

Второй аспект связан с признанием завещания недействительным, где также можно выделить ряд проблем, возникающих на практике.

В ГК РФ содержатся специальные нормы, которые достаточно подробно регулируют основания и порядок признания завещания недействительным.

¹ *Шершеневич Г.Ф.* Авторское право на литературные произведения. С. 189.

Как и любая сделка, завещание может быть признано недействительным (ст. 1131 ГК РФ). При этом в зависимости от допущенных нарушений завещание либо признается недействительным по решению суда (оспоримое завещание), либо является недействительным независимо от такого признания (ничтожное завещание).

Раздел V ГК РФ прямо называет основаниями недействительности: несоблюдение правил о письменной форме завещания (ч. 2 п. 1 ст. 1124 ГК РФ, ничтожность сделки), отсутствие свидетеля при составлении, подписании, удостоверении завещания или при передаче его нотариусу вопреки требованиям ГК РФ (п. 3 ст. 1124, ничтожность сделки), несоответствие свидетеля, присутствие которого обязательно при составлении, подписании, удостоверении завещания или при передаче его нотариусу, требованиям ГК РФ (п. 2, 3 ст. 1126 ГК РФ, оспоримость сделки), несоблюдение правил о собственноручном написании и подписании завещателем закрытого завещания (п. 2 ст. 1126 ГК РФ, ничтожность сделки). Иные основания охарактеризованы выражением «при нарушении положений настоящего Кодекса, влекущих за собой недействительность завещания» (п. 1. ст. 1131 ГК РФ), и по общему правилу сводятся к основаниям недействительности сделок, указанным в гл. 9 ГК РФ.

В ГК РФ установлены специальные правила, касающиеся оспаривания завещания. Во-первых, не допускается оспаривание завещания до открытия наследства. Во-вторых, оспорить завещание вправе лишь то лицо, права и законные интересы которого нарушены завещанием.

Первая проблема, которая обращает на себя внимание в связи с анализом региональной судебной практики, — это проблема механизма удостоверения завещаний. На наш взгляд, с появлением новых форм завещаний, а также введения института свидетелей при удостоверении завещаний значительно усложняется процесс удостоверения завещаний, что неизбежно приведет к увеличению числа дел, связанных с признанием завещаний недействительными. Поэтому считаем, что введение института свидетелей целесообразно лишь при нотариальном удостоверении завещания и закрытом завещании, поскольку у нотариуса есть реальная возможность установить соответствие свидетелей предъявляемым законом требованиям (п. 2 ст. 1124 ГК РФ). И, соответственно, его исключение для составления завещания в чрезвычайных обстоятельствах и завещаний, приравниваемых к нотариально удостоверенным.

Вторая проблема, тесно связанная с первой и подлежащая исследованию, — это проблема завещаний, приравненных к нотариально удостоверенным. И за счет введения института свидетелей и некомпетентности лиц, имеющих право удостоверять завещания в соответствии со ст. 1127 ГК РФ. Считаем, что п. 3. ст. 1127 ГК РФ требует замены его на пункт в следующей редакции: «Завещание, совершенное в соответствии с настоящей статьей, утрачивает силу, если завещатель в течение месяца после отпадения обстоятельств, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, не воспользуется возможностью совершить завещание в какой-либо иной форме, предусмотренной статьями 1124, 1125, 1126, 1128 ГК РФ». О такой необходимости прежде всего свидетельствует региональная судебная практика, которая показывает, что из завещаний, удостоверенных таким образом, 30% являются ничтожными, а 20% — оспоримыми.

И наконец, третья проблема, подлежащая исследованию, связана с предусмотренным п. 3 ст. 1131 ГК РФ новым правилом, в соответствии с которым могут служить основанием недействительности завещания опiski и другие незначитель-

ные нарушения порядка его составления, подписания и удостоверения, если судом установлено, что они никак не влияют на понимание волеизъявления завещателя.

Как показала практика, нарушения порядка составления, подписания и удостоверения завещаний, как правило, происходят и могут произойти по вине лиц, которым предоставлено право удостоверять завещания. Конечно, некомпетентность или невнимательность тех, кому предоставлено право удостоверять завещания, не должна отражаться на интересах граждан. Однако понятие «незначительные нарушения, никак не влияющие на понимание волеизъявления завещателя» является оценочным. Несмотря на то, что право оценивать значимость допущенных нарушений с точки зрения влияния их на понимание действительной воли наследодателя, выраженной в завещании, предоставлено только суду, в процессе доказывания действительной воли наследодателя неизбежно будут злоупотребления со стороны свидетелей и иных лиц. Поэтому необходимо, на наш взгляд, данное правило закрепить Постановлением Пленума Верховного Суда РФ, который бы и дал существенные ориентиры для разрешения соответствующей категории дел.

О.Е. Блинков,

д.ю.н., профессор,

Издательская группа «Юрист» (г. Москва),

гл. редактор журнала «Наследственное право»

Основные положения учения Г.Ф. Шершеневича о наследовании

Наследственным правом в объективном смысле Г.Ф. Шершеневич называл юридические нормы, определяющие переход имущества, оставшегося после умершего, к другим лицам. Наследственным субъективным же правом (иначе правом наследования) он считал право известного лица на приобретение наследства или на вступление в совокупность юридических отношений умершего лица¹.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, наследство представляет собой совокупность имущества (вещей), прав и обязательств, оставшихся после умершего. Критикуя взгляд, особенно распространенный в германской литературе, что наследство есть совокупность только прав, оставшихся после умершего, а ответственность по обязательствам основывается на особом законе, он полагал возможным существование наследства даже только из долгов наследодателя².

Разделяя взгляд о наследовании как об универсальном (в его терминологии — общем) преемстве и переходе совокупности имущественных отношений лица за смертью его к другим лицам, он рассматривал наследство в качестве цельного и единого комплекса, а не только суммы юридических отношений. При этом он критиковал тех ученых, которые видели в наследниках продолжателей личности наследодателя³.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 468.

² Там же. С. 467.

³ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 198; Он же. Учебник русского гражданского права. С. 467.

Основаниями наследования им назывались завещание, договор и закон. Как известно, российское дореволюционное законодательство под влиянием мнения ряда ученых считало наследственный договор противоречащим свободе воли наследодателя, поэтому запрещало двум лицам в одном и том же акте выражать свою последнюю волю. Г.Ф. Шершеневич, в целом имея отрицательное отношение к данному основанию наследования, не видел юридических препятствий для использования в наследственно-правовом механизме договора.

Как и многие иные яркие представители дореволюционной цивилистической науки, Г.Ф. Шершеневич рассматривал наследование по закону как восполнение наследования по завещанию, которое вступает в силу тогда и настолько, когда и насколько не успела выразиться воля наследодателя о судьбе оставленного им имущества¹. Хотя он понимал, что эта позиция во многом условна, как и противоположная ей, что наследование по завещанию — это допускаемая законом замена законного наследования.

Г.Ф. Шершеневич придавал моменту открытия наследства очень важное значение, поскольку именно с ним связывал возникновение наследственного права, которое считал имущественным и способным к переходу к наследникам наследников, а также указывал, что имущество передается принявшему наследнику в том его составе, какой оно имело в момент смерти².

Завещанием он называл законное объявление воли (т.е. волеизъявление) субъекта прав, объединенных его личностью в одно имущество, выступая при этом противником названия его «последней волей», поскольку после составления завещания наследодатель может сколько угодно раз выразить свою волю как в разных договорах, так и в новых завещаниях³.

В качестве обязательного признака завещания Г.Ф. Шершеневич называл наличие в нем распоряжения об имуществе. Допуская включение в завещание распоряжений о назначении опекунов малолетним наследникам, об определении системы их воспитания, о порядке и месте погребения завещателя и т.п., он прямо указывал, что нельзя признать завещанием такой акт, в котором распоряжения вовсе не касаются имущества, потому что закон смотрит на завещание как на способ приобретения прав на имущества⁴.

Законность (действительность) завещательного распоряжения он связывал с четырьмя условиями: 1) чтобы оно было составлено лицом, имеющим право завещать, 2) чтобы распоряжение было сделано в пользу лица, имеющего право принять наследство, 3) чтобы содержание завещания не противоречило праву распоряжения завещателя, 4) чтобы завещательное распоряжение было облечено в законную форму.

Интерес вызывает позиция Г.Ф. Шершеневича о завещаниях так называемых адееспособных лиц. По его мнению, недействительны завещания душевнобольных, т.е. безумных, сумасшедших и умалишенных, когда они составлены ими во время помешательства, независимо от того, были они или нет признаны таковыми в установленном порядке. Ученый обращал внимание, что недействительность завещания зависит от душевного расстройства во время составления завещания,

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 468–469.

² Там же. С. 472.

³ Там же. С. 478.

⁴ Там же. С. 479.

поэтому если был «светлый промежуток, в продолжение которого больной находился в здравом уме, то завещание его как акт сознательной воли приобретает полную силу. Помешательство, предшествовавшее или последующее составлению завещания, не имеет влияния»¹.

Интересной была позиция Г.Ф. Шершеневича о завещаниях в пользу несуществующих юридических лиц, когда завещатель выделял в завещании часть своего имущества для организации юридического лица. Видя жизненную потребность и общественный интерес в подобных завещаниях, ученый все же признавал, что такие завещательные распоряжения в пользу юридических лиц, не существующих еще в момент открытия наследства, не могут быть признаны действительными. Препятствием этому он называл не право (!), а лишь закон, требующий, чтобы лица, в пользу которых производится завещательное распоряжение, были точно обозначены².

Г.Ф. Шершеневич был противником завещательных назначений вещей в «неотчуждаемую собственность», считая, что вместе с имуществом к наследнику должно по завещанию перейти и право собственности на вещи, принадлежащие наследодателю, которое предполагает возможность распоряжения, поэтому завещатель не вправе лишить наследника распоряжения вещами, переходящими к нему вместе с имуществом³.

Задаваясь вопросом, возможны ли завещания условные и срочные, ученый положительно отвечал на него, указывая, что наследование представляет собой изменение субъекта всей массы юридических отношений, в которых состояло известное лицо до открытия наследства, при этом таким субъектом до принятия наследства со стороны наследника является сама наследственная масса, поэтому нет никаких препятствий для завещательных распоряжений, составляемых под условием или с назначением срока. Однако он уточнял, что когда дело идет о завещании права собственности, то распоряжение допускает только отлагательное, но не отменительное условие, потому что право собственности, раз приобретенное, не подлежит повороту.

Как уже указывалось выше, рассматривая постановления действующих законов о наследовании с точки зрения положенного в них основания, а не с точки зрения исторического происхождения, Г.Ф. Шершеневич признавал, что в призвании известных лиц к принятию открывшегося наследства, в назначении умершему определенных преемников закон руководствуется предполагаемой волей наследодателя. В этой связи ученый критиковал русское право, что, обходя наиболее близких наследодателю лиц, оно назначает преемниками лиц, с которыми у него не было ничего общего. По его мнению, «призвание к наследованию родственников, как бы ни был далек их общий родоначальник, представляется в настоящее время настолько несогласным с семейным индивидуализмом, что большинство современных законодательств ограничивают наследственное право родственников только известными пределами родства, не далее известной степени»; таким образом, он был противником не ограниченности степенью родства при наследовании по закону⁴.

В вопросе определения правовой природы перехода к государству выморочного наследства Г.Ф. Шершеневич был категоричен, считая, что за государством нельзя

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 480.

² Там же. С. 484–485.

³ Там же. С. 488.

⁴ Там же. С. 497.

признать наследственное право на имущество его граждан. Главным аргументом он называл то, что казна вопреки заявлению закона не отвечает по обязательствам наследодателя, как это делает принявший наследник, к ней же поступают только оставшиеся бесхозяйные вещи, но не имущество, и то после удовлетворения из их ценности всех долгов наследодателя¹.

Большой интерес представляла для Г.Ф. Шершеневича фигура душеприказчика, а именно вопрос, каким образом постороннее лицо помимо собственника может распоряжаться его вещами. Ученый обращал внимание на тот факт, что в действительности права душеприказчиков вполне совместимы с наследственными правами наследников, пока последние не стали субъектами всех прав и обязанностей. Ученый не усматривал в действиях душеприказчика представительства, поскольку завещатель как лицо, выбывшее из мира юридических отношений, в представительстве не нуждается. По мнению Г.Ф. Шершеневича, душеприказчик является представителем самого наследства как юридического лица, которое продолжает свое существование до выполнения душеприказчиком данного ему поручения².

Под завещательным отказом Г.Ф. Шершеневич понимал такое завещательное распоряжение, которым в пользу известного лица предоставляется или устанавливается определенное право за счет наследственной массы. По мнению ученого, завещательный отказ есть всегда право, но не обязанность, и состоит из одного или нескольких определенных прав, и этим отличается от наследования, которое есть право вступления в совокупность юридических отношений, оставшихся после наследодателя³. Г.Ф. Шершеневич квалифицировал легат как преемство, стоящее рядом с наследованием, но только в виде обязательственного отказа, хотя и ратовал за признание вещного отказа; в целом же его учение о наследовании можно назвать консервативным.

Р.С. Инишина,

Л.А. Мурзалимова,

члены Московского регионального отделения
Общероссийской общественной организации
«Ассоциация юристов России»,
члены некоммерческого партнерства
«Объединение Корпоративных Юристов»

Отдельные аспекты ограничения права на обязательную долю в наследстве

Право наследования является одним из основных прав человека, гарантированных Конституцией РФ. Государством установлены правила, согласно которым имущество гражданина после его смерти переходит к другим лицам. ГК РФ предусмотрен институт обязательной доли, который призван защищать права ма-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 510.

² Там же. С. 530–531.

³ Там же. С. 527.

лоимуших слоев населения, но в то же время позволяет наследникам, претендующим на обязательную долю в наследстве, злоупотреблять своими правами, ущемляя при этом права иных наследников.

Российское наследственное право, согласно ст. 1111 ГК РФ, предусматривает два основания наследования — по завещанию и по закону. Свобода совершения завещания — основной принцип завещания¹, который заключается в следующем. Завещатель вправе распорядиться любым имуществом, завещать имущество, которое он может приобрести в будущем; по своему усмотрению завещать имущество любым лицам, как входящим, так и не входящим в круг наследников по закону, любым образом определить доли наследников в наследстве, а также подназначить наследника в соответствии с п. 2 ст. 1121 ГК РФ. Закон предоставляет завещателю право лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения, включить в завещание иные распоряжения, отменить или изменить совершенное завещание, при этом завещатель не обязан сообщать кому-либо о содержании, совершении, об изменении или отмене завещания.

Говоря о свободе завещания, Г.Ф. Шершеневич указывал, что «передача всего имущества посторонним лицам при существовании ближайших родственников представляется таким нарушением семейных связей, что законодатели при всем уважении к свободе собственника распоряжаться своим имуществом находят необходимым положить известные границы произволу»². Ограничением принципа свободы завещания являются правила об обязательной доле в наследстве. О.С. Иоффе определил суть обязательной доли как своеобразный минимум для необходимых наследников³.

В соответствии с п. 1 ст. 1149 ГК РФ право на обязательную долю имеют несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя в размере не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону.

Пунктом 4 ст. 1117 ГК РФ право на обязательную долю ограничено положениями о недостойных наследниках: обязательный наследник, являющийся недостойным, к наследованию не призывается⁴.

Кроме того, ограничение прав обязательных наследников установлено п. 4 ст. 1149 ГК РФ. Если осуществление права на обязательную долю в наследстве повлечет за собой невозможность передать наследнику по завещанию имущество, которым наследник, имеющий право на обязательную долю, при жизни наследодателя не пользовался, а наследник по завещанию пользовался для проживания (жилой дом, квартира, иное жилое помещение, дача и т.п.) или использовал в качестве основного источника получения средств к существованию (орудия труда, творческая мастерская и т.п.), суд может с учетом имущественного положения наследников, имеющих право на обязательную долю, уменьшить размер обязательной доли или отказать в ее присуждении.

¹ См.: Ярошенко К.Б. Наследственное право. Новеллы законодательства. Судебная практика. Нотариальная практика. М., 2005. С. 79.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 487.

³ Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. 3. Л., 1958. С. 317.

⁴ См.: Лиманский Г.С. Право на обязательную долю: актуальные вопросы теории и судебной практики // Российский судья. 2006. № 3.

Данная новелла в наследственном праве направлена на усиление принципа свободы завещания и защиту интересов наследников по завещанию, поскольку на получение обязательной доли не всегда претендуют малоимущие лица. Уменьшение размера обязательной доли либо отказ в ее присуждении осуществляются только в судебном порядке.

По мнению М.В. Телюкиной, указанная правовая норма описывает ситуацию, которая может быть охарактеризована как злоупотребление правом обязательного наследника. Злоупотребление правом состоит в том, что ненуждающийся обязательный наследник на основании имеющегося у него права на обязательную долю требует имущество у наследника, которому оно необходимо¹.

В юридической литературе высказывалась позиция о том, что необходимо учитывать материальную обеспеченность наследника, претендующего на обязательную долю. Например, М.Ю. Барщевский предлагал «установить новый порядок определения обязательной доли для отдельных категорий наследников с дифференциацией в зависимости от материальной обеспеченности необходимого наследника»².

Конституционный Суд РФ в Определении от 9 декабря 1999 г. № 209-О указал, что положения о праве на обязательную долю в наследстве не исключает права других наследников обращаться в суд с иском о проверке оснований для признания права этого лица на обязательную долю в наследстве и для изменения ее размера с учетом фактических обстоятельств конкретного дела (наличие у лица, имеющего право на обязательную долю в наследстве, собственного имущества, достаточного для проживания, и др.), исходя из принципа социальной справедливости и требования строго соразмерного конституционно признаваемым целям ограничения гарантированного гражданам права наследования³.

Подвергается критике определенный гражданским законодательством состав обязательных наследников. Например, Н.Б. Демина указывает, что «совершенно необоснованно включение на равных основаниях в круг обязательных наследников иждивенцев наследодателя: эти лица не являются членами его семьи в правовом смысле слова»⁴. По мнению Н.Б. Деминой, содержание таких иждивенцев принято на себя завещателем самостоятельно по собственному усмотрению, не на правовом основании и является формой благотворительной деятельности наследодателя, и если наследодатель не включает указанных лиц в завещание, не выделяет им имущество, то толкование такой воли наследодателя приводит к выводу о том, что наследодатель считает исчерпанной свою добровольно принятую обязанность и не видит оснований для продолжения содержания указанных лиц. Возложение такой обязанности на родственников наследодателя представляется нелогичным. Н.Б. Демина предлагает уменьшить обязательную долю, причитающуюся ижди-

¹ См.: Телюкина М.В. Комментарий к разделу V Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) // Законодательство и экономика. 2002. № 8.

² Барщевский М.Ю. Правовое регулирование наследования по завещанию в СССР: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1984.

³ Определение Конституционного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. № 209-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Куркиной Елены Анатольевны на нарушение ее конституционных прав статьей 535 ГК РСФСР» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 2.

⁴ Демина Н.Б. Обязательная доля как средство обеспечения прав родственников наследодателя // Нотариус. 2005. № 4.

венцам в качестве необходимых наследников, до $\frac{1}{4}$ доли, которая причиталась бы им при наследовании по закону¹.

Такая позиция, по мнению авторов, представляется обоснованной. Логично, что наследодатель, при жизни оказывая помощь своим иждивенцам, располагает определенными денежными средствами, которые он считает возможным направить на содержание и поддержку указанных лиц. Например, источником поступления денежных средств могут быть доходы от осуществления наследодателем трудовой деятельности, соответственно, источником оказания материальной помощи иждивенцам и содержания родственников является регулярно получаемая наследодателем заработная плата. В силу п. 6 ч. 1 ст. 83 ТК РФ трудовой договор подлежит прекращению в случае смерти работника, т.е. трудовые правоотношения прекращаются со смертью наследодателя, а родственники наследодателя лишаются стабильной материальной поддержки, оказываемой из заработной платы наследодателя, при этом на них возлагается бремя содержания иждивенцев наследодателя.

Содержание нетрудоспособных категорий лиц является обязанностью государства. Российская Федерация приняла на себя такую обязанность в силу ст. 7, 39 Конституции РФ. Право на получение социального обеспечения от государства является непосредственно действующим правом каждого, имеющего право на получение такого содержания. Между тем государство таким образом перекладывает обязанность по предоставлению содержания на родственников наследодателя².

А.Н. Кузбагаров,

д.ю.н., профессор,

нач. кафедры гражданского права,

Санкт-Петербургский университет МВД России

И.П. Юр,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права

Санкт-Петербургский университет МВД России

Публичное и частное в наследственных правоотношениях (из научных воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича)

Накапливая материальные и духовные блага в процессе своей жизни, человечество всегда стремилось к правильному (каждый по своему) их распоряжению на случай ухода из жизни. При таких положениях правовой порядок наследования имущества имеет место в любой правовой семье, и история права дает нам самые различные подходы государств по указанному кругу вопросов, замыкающиеся в институт наследственных правоотношений. На текущем этапе развития права большинства государств имеются общие и частные подходы в установлении правопо-

¹ Демина Н.Б. Обязательная доля как средство обеспечения прав родственников наследодателя // Нотариус. 2005. № 4.

² Там же.

рядка наследственных отношений. К числу общих признаков построения можно отнести ориентацию законодателей различных государств на централизованность прав человека и гражданина при выстраивании правового механизма и использовании в последнем памятников истории права, к числу которых можно отнести использование приемов и способов регуляции гражданских правоотношений, которые принадлежат к публичному или частному правопорядку¹.

В современных условиях, когда стерты границы государств Евросоюза и, наоборот, когда образованы границы государств бывшего СССР, творцам права, во-первых, есть что взять друг у друга; во-вторых, необходимо выработать однозначное понимание составляющих института наследования. Что может быть средством для разрешения обозначенных двух (как минимум) задач? Средством сближения и правильного понимания сути наследственного правопреемства может быть ясное представление о частном и публичном началах в наследственном праве. В части публичных начал речь идет не столько об охране государственных или общественных интересов, который сегодня может выражаться в институте выморочного имущества (ст. 1151 ГК РФ), сколько об охране прав и интересов третьих лиц, которые потенциально являются или могут стать участниками относительных правоотношений (неопределенный круг) с явными (бесспорными) наследниками, либо об охране прав и интересов последних, когда в интересах законности нормами гражданского законодательства допускается охрана наследственных прав и интересов третьими лицами (органами опеки, нотариусами, должностными лицами компетентных государственных органов) прав наследников.

Следует заметить, что наследственное право зарубежных стран всегда исходило из сочетания двух основополагающих принципов свободы завещания (частный интерес) и охраны интересов семьи² (публичный интерес), которое не был чуждо и российскому наследственному праву.

Нуждаемость в правовой определенности наследственных правоотношений известна издревле. Со времен Русской Правды до действующих положений гл. 61–65 (ст. 1110–1185) ГК РФ правоотношения распределения имущества, оставшегося «позади себя»³, прочно заняли самостоятельное место в российской цивилистике. История наследственного права в России ярко отражает неоднозначность регуляции отношений по переходу имущества от умершего к потомкам. Более того, в начале XVIII в. наследственное право, после расширения круга наследников, было отброшено далеко назад. Тогда своим Указом о единонаследии Петр I в 1714 г. установил переход всего имущества к одному сыну. Мотив принятия реформатором такого решения Г.Ф. Шершеневич отразил так: «Раздел наследства представлялся в глазах императора чрезвычайно вредным: раздробление имений уменьшает их экономическую ценность и отягощает крестьян, а вследствие того страдает правильное поступление податей, знатные фамилии беднеют и теряют свое значение, а наследники уклоняются от государственной службы»⁴.

¹ См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. 3-е изд., стереотип. М., 2001. С. 42.

² См.: *Гражданское и торговое право капиталистических государств* / отв. ред. Е.А. Васильев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 1993. С. 532 (авторы главы — И.И. Яфаев, А.А. Костин).

³ Так именовалось «наследство» в Русской Правде (см.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 469).

⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 471.

Следует отметить, что прямо о публичных и частных началах в наследственном праве Г.Ф. Шершеневич обращался только в вопросе определения круга наследников: «Государство было заинтересовано в том, чтобы наследство, в виде лена или поместья, связанное со службою, находило себе по возможности скорее преемника. Расширение круга наследников на почве родственного союза обеспечивало этот интерес государства. С течением времени утратилась политическая основа наследственного правопреемства и сохранились только частные права там, где некогда были общественные обязанности»¹. С завершением глубокоуважаемого Г.Ф. Шершеневича и по прошествии лет вопрос о публичных началах в наследственном праве не иссяк, более того, актуальность поиска оптимального соотношения частного и публичного в наследственных правоотношениях только набирает обороты. В чем же проявляется содержание такого соотношения?

В силу того что гражданское право относят к частному праву², положения гл. 61–65 ГК РФ о наследственном праве отражают его частноправовую природу. Принимая последнее, руководствуясь методом исключения, приглашаем к рассуждению о *публично-правовой природе* отдельных институтов наследственного права, на которые можно опираться в целях решения задач о правовой регламентации отношений правопреемства путем наследования.

1. Правовая цель, которую содержит наследство. Такой целью является установление правового порядка по передаче имущественных прав и обязанностей от умершего лица к его правопреемникам. Любая цель достигается адекватными средствами, и такими средствами в наследственном праве являются его институты (субъект, объект, открытие наследства, место открытия и др.). Одно из важнейших свойств права (вообще) заключается в возможности придания отношениям участников «правовой определенности», т.е. каждый из них посредством права наделяется возможным или должным поведением относительно того, по поводу чего они вступают в эти отношения, для чего эти лица наделяются правами и обязанностями и, соответственно, становятся их носителями. Из этого следует: право в объективном смысле всегда первично, а значит, и публично. Любое государство управляет посредством объективного права, которое выражается в его нормотворчестве (теория закона) и правоприменении (практика). Не можем не упомянуть науку гражданского права, которую также можно отнести к публичной сфере. Г.Ф. Шершеневич, определяя события, при которых открывается наследство, исходя из сути института наследования и существовавшей в его время судебной практики, научно обосновал и предложил считать самостоятельным событием (фактом) для открытия наследства «безвестное отсутствие гражданина»³, которое впоследствии заняло свое прочное место в гражданском законодательстве России.

2. Защита имущественных прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций осуществляется через обеспечение единообразия судебной и иной (нотариальной) практики. Требование о единообразии прямо предусмотрено ГПК РФ

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 471.

² См., например: Гражданское право: учебник. В 3 т. / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. 7-е изд., перераб и доп. Т. 1. М., 2011. С. 6; Гражданское право: учебник. В 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. Т. 1. М., 2011. С. 6 и др.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 472.

(п. 3 ст. 391⁹). В целях формирования единообразной судебной практики по применению гражданского законодательства о регулировании наследственных отношений принято и действует Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9¹. В этих же целях формируется доктринальное толкование судебной практики². Допускаем критику данного положения, так как это задача процессуальной цивилистики. В обоснование же авторской позиции предложим следующий аргумент, высказанный Г.Ф. Шершеневичем. В своих суждениях о принципах применения юридической нормы к конкретному отношению, в результате которого получим «справедливость» или «несправедливость», «полезность» или «вредность», ученый однозначно высказывался о необходимости руководствоваться принципом законности (в противовес принципу целесообразности), как имеющим в виду общественные интересы, а не частные, и единственно совместимым с идеей правового порядка³. Отсюда можно сделать вывод о том, что наиболее верным способом толкования норм гражданского законодательства о наследстве в правоприменительной деятельности остается судебное толкование.

3. Публичная природа проявляется в охране наследственных правоотношений, за счет его отдельных институтов. К таковым можно отнести:

3.1. Открытие, время и место открытия наследства (ст. 1113–1115 ГК РФ). Являясь исходными положениями, указанные категории четко выполняют роль «стартовой» точки наследственных правоотношений, относительно и при помощи которой разрешаются конкретные задачи наследственного права.

3.2. О круге наследников. Нравственные начала, которые сопровождают наследственное право столько, сколько оно известно истории права вообще, всегда противопоставлялись родственным при определении круга наследников, и поэтому выходили за рамки частного права. При этом «воля» наследодателя в разных правовых режимах носит скорее подчиненный нравственности характер. Указанное положение и сегодня можно обнаружить в части третьей ГК РФ. Так, умышленные противоправные действия наследника по отношению к жизни и здоровью наследодателя или других наследников, по отношению к воле наследодателя, его имуществу, уклонение наследника от обязанностей в качестве родителя, лица, обязанного содержать наследодателя, образует качество недостойности быть наследником, в результате чего он не наследует имущество ни по закону, ни по завещанию. Заметим, что указанные факты должны устанавливаться только в судебном, а значит, в публичном порядке (ст. 1117 ГК РФ). ГК РФ предусматривает существование наследников, которые наследуют определенное имущество (долю) в силу сложившихся обстоятельств (ст. 1148, 1149), что обусловлено нравственными началами. Такими же причинами объясняется охрана интересов зачатого ребенка, интересов несовершеннолетних, недееспособных и ограниченно дееспособных граждан при разделе имущества (ст. 1166 и 1167 ГК РФ).

3.3. Об институте исполнителя завещания или «личного представителя» наследодателя, известного англо-американской праву. Такое лицо назначается судом, к которому и переходит все наследственное имущество, которым он управляет как

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. 2012. 6 июня.

² См.: Зайцева Т.И. Судебная практика по наследственным делам. М., 2007. С. 3.

³ Право. Еженедельная юридическая газета. 1903. № 18; № 1. С. 1333.

доверительный собственник. Последний производит ликвидацию имущества наследодателя, погашает его долги согласно очередности, а также им предъявляются требования к должникам наследодателя. Особо следует выделить его функцию по обеспечению уставной деятельности предприятия, учредителем которого был наследодатель, чего сегодня так не хватает в гражданском законодательстве России. Вся деятельность доверительного управляющего происходит под контролем суда, куда представляются документы по описи, отчеты о действиях «личного представителя»¹.

3.4. Охрана наследства (ст. 1171, 1172, 1174 ГК РФ). Указанное положение заслуживает особого внимания. Известно, что с момента открытия наследства и до его принятия наследниками имущество находится в «лежачем», т.е. неопределенном, состоянии и не имеет хозяина. Г.Ф. Шершеневич указывал, что в этот период сама наследственная масса становится «субъектом права» — представителем, к ней возможно предъявление иска и истец должен предварительно просить о назначении опеки². Ученый верно замечал, что охранительные меры имеют целью придать сохранность неприкосновенности имущества, а не его управлению³. При этом, касаясь этической стороны вопроса о дележе имущества умершего, когда гроб еще стоит в зале, Г.Ф. Шершеневич справедливо подчеркивал, что своевременно принятые меры охранения способны предупредить множество злоупотреблений, сохранить в пользу близких имущество наследодателя, которое вполне подвержено уменьшению при определенных обстоятельствах. Говоря об имуществе, которое подлежит охране, ученый верно утверждал, что если наследственная масса состоит из недвижимого и движимого имущества, к последнему меры охраны должны применяться в любом случае⁴.

В целях максимально полного выявления наследства при принятии мер по охране наследства, а также во избежание нарушения прав третьих лиц на имущество, которое случайно может оказаться у наследодателя, последующего его исключения из описи, должны существовать четкие правила, которые бы определяли такую процедуру (охранительное производство, не исковое). Убеждены, что сегодня охрана наследства очень актуальна, и не нотариус должен производить выявление и опись наследства, а органы власти, которые вполне могли бы решать такие задачи и на которых вполне можно эти задачи возложить. К числу таких органов власти вполне можно отнести судебных приставов-исполнителей, которые выполняют свои задачи по поручению нотариуса.

Особые меры охраны наследства должны быть разработаны в отношении предприятий. Сегодня это хозяйственные общества, товарищества и другие организации и учреждения. Охранительные меры наследства в российском праве XX в. предусматривали меры по предупреждению остановки торгового предприятия, которая могла бы наступить вследствие принятия охранительных мер, о которых пишет Г.Ф. Шершеневич⁵. В этих целях закон того времени предусматривал устранение возможности ущерба от прекращения дел, что отсутствует в праве сегодняшнего дня.

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / отв. ред. Е.А. Васильев. 3-е изд., перераб. и доп. С. 546 (авторы главы — И.И. Яфаев, А.А. Костин).

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 474.

³ См. там же.

⁴ См. там же. С. 475.

⁵ См. там же. С. 477.

Если обратиться к современному состоянию тех наследственных дел, в которых к числу наследственной массы относятся доли хозяйственных обществ, паи в производственных кооперативах, то современный правопорядок четко не обеспечен охранной составляющей такого имущества. При таком положении наука гражданского права, законодательство ждут своего исследователя и инициатора.

В заключение следует отметить, что публично-правовая составляющая в наследственных правоотношениях в условиях развития и совершенствования отечественного гражданского законодательства занимает прочное, стабильное и самостоятельное место, нуждается в четком видении и учете его составляющих.

Л.Б. Максимович,

к.ю.н., доцент, ст. научный сотрудник,
Институт государства и права РАН

Право на обязательную долю в наследстве: баланс интересов обязательного наследника и наследника по завещанию

Право на обязательную долю в наследстве, в соответствии с которым обязательные наследники приобретают право наследования на основании закона, ограничивает свободу завещания. Право на обязательную долю удовлетворяется из той части, которая завещана, лишь в случаях, если все наследственное имущество завещано или его незавещанная часть недостаточна для осуществления названного права (п. 32 «г» постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»¹ (далее — Постановление № 9)).

Установленный в законе перечень лиц, имеющих право на обязательную долю в наследстве (обязательных наследников), является исчерпывающим: в соответствии с п. 1 ст. 1149 ГК РФ к ним относятся несовершеннолетние и нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы.

Очевидно, что правило об обязательной доле защищает интересы ближайших родственников и членов семьи наследодателя, которые в силу возраста или по состоянию здоровья нуждаются в материальной поддержке. По существу государство защищает имущественные интересы обязательных наследников от выраженного в завещании волеизъявления наследодателя, направленного на увод имущества из семьи.

Ограничение свободы завещания в этих целях существовало и в русском дореволюционном праве. Отмечая, что завещатель может завещать свое имущество кому угодно, родственнику или постороннему, Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что передача всего имущества посторонним лицам при существовании ближайших родственников представляется таким нарушением семейных связей, что законодатель,

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 7.

при всем уважении к свободе собственника распоряжаться своим имуществом, находит необходимым положить известные границы произволу¹.

Аналогичная норма имела в ГК РСФСР 1964 г., однако между ст. 535 ГК РСФСР и ст. 1149 ГК РФ имеются два важных отличия.

Согласно ст. 535 ГК РСФСР обязательная доля составляла не менее $\frac{2}{3}$ той доли, которая причиталась бы обязательным наследникам при наследовании по закону (т.е. в отсутствие завещания), в то время как по действующему законодательству размер ее уменьшен до $\frac{1}{2}$ (п. 1 ст. 1149 ГК РФ). При определении размера обязательной доли в наследстве следует исходить из стоимости всего наследственного имущества (как в завещанной, так и в незавещанной части), включая предметы обычной домашней обстановки и обихода, и принимать во внимание всех наследников по закону, которые были бы призваны к наследованию данного имущества (п. 32 Постановления № 9).

Второе отличие состоит в том, что в п. 4 ст. 1149 ГК РФ содержится принципиально новая норма, позволяющая при наличии определенных обстоятельств не только уменьшить размер обязательной доли, но и лишить ее получения. Как отмечает К.Б. Ярошенко, ранее право на обязательную долю рассматривалось как исключительное право, и лишить наследника этого права можно было только в случае признания его недостойным, а теперь помимо лишения права на обязательную долю недостойного наследника суду предоставлено право уменьшить размер обязательной доли или отказать в ее присуждении².

Решить вопрос об уменьшении обязательной доли или об отказе в ее присуждении суд вправе при одновременном наличии двух условий. Во-первых, если по наследству передается имущество, предназначенное для проживания (дом, квартира, иное жилое помещение, дача или т.п.) или предназначенное для использования в качестве основного источника получения средств к существованию (орудия труда, творческая мастерская и т.п.). И во-вторых, если при жизни наследодателя наследник по завещанию пользовался этим имуществом для проживания или в качестве основного источника получения средств к существованию, а наследник, имеющий право на обязательную долю, не пользовался.

При этом суд должен принять во внимание имущественное положение наследников, имеющих право на обязательную долю (п. 4 ст. 1149 ГК РФ), что, на наш взгляд, весьма важно, поскольку сам по себе факт нетрудоспособности лица, претендующего на обязательную долю, еще не свидетельствует о его истинном имущественном положении, т.е. одного формального основания права на обязательную долю недостаточно для реализации этого права.

Таким образом, на смену императиву, при котором право на обязательную долю являлось безусловным, исключительным правом, пришло осмысленное применение правила об обязательной доле, основанное на необходимости соблюдения баланса интересов обязательных наследников и наследников по завещанию.

Между тем в соответствии со ст. 8 Федерального закона от 26 ноября 2001 г. «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» правила об обязательной доле в наследстве, установленные ст. 1149 ГК РФ,

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 486.

² См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2003. С. 187.

применяются только к завещаниям, совершенным после 1 марта 2002 г. В отношении завещаний, оформленных ранее, сохраняется прежний порядок определения обязательной доли, предусмотренный ГК РСФСР 1964 г. Аналогичные разъяснения даны в Постановлении № 9 (п. 32 «б»).

Получается, что интересы тех наследников по завещанию, в отношении которых завещание было совершено до 1 марта 2002 г., в настоящее время фактически не защищены законом, в то время как обязательные наследники в этих случаях находятся под надежной защитой императивной нормы. Такое положение вряд ли можно признать справедливым. Об этом же свидетельствует судебная практика¹.

Г. обратилась к З. с иском об исполнении завещания и признании права собственности в порядке наследования. В свою очередь З. обратилась к Г. со встречным иском о признании права собственности на обязательную долю в наследстве.

Из материалов дела следует, что 17 марта 2012 г. скончался Л., который завещанием от 14 мая 2001 г. завещал своей жене Г. все принадлежащее ему на день смерти имущество.

3 мая 2012 г. нотариусом N открыто наследственное дело в связи с поступившим заявлением Г. о принятии наследства, состоящего из земельного участка и половины жилого дома в ближнем Подмосковье.

14 августа 2012 г. к нотариусу N обратилась З. — дочь наследодателя от первого брака, с заявлением о принятии наследства после смерти своего отца Л. в порядке наследования обязательной доли по закону как достигшая пенсионного возраста на момент открытия наследства.

В обоснование иска Г., в частности, указывает, что З. с 2002 г. постоянно проживает в Германии, где имеет источник дохода в виде заработка, а также получает пособие, выплачиваемое лицам, переехавшим на постоянное место жительства в Германию. Помимо этого у З. имеются источники доходов в России: пенсия и доход от сдачи в аренду принадлежащего ей на праве собственности недвижимого имущества — трехкомнатной квартиры и половины жилого дома в Подмосковье.

Наследственным имуществом З. никогда не пользовалась, в то время как Г. пользуется им на протяжении многих лет: большую часть года проживает в спорной половине дома и пользуется земельным участком, что могут подтвердить свидетели.

При жизни наследодателя и после его смерти Г. постоянно несет материальные затраты и прилагает физические усилия для поддержания в порядке дома и земельного участка. Стараниями Г. к спорной половине дома подведены газ и вода, осуществлен ремонт фундамента, неоднократно производился ремонт расположенного на участке колодца и проч.

Кроме того, наследница по завещанию Г. 1933-го года рождения — инвалид 2-й группы, единственным источником средств к существованию которой является пенсия. Детей не имеет.

В отличие от нее З., 1956 года рождения, имеет двух совершеннолетних трудоспособных сыновей, проживающих совместно с ней в Германии, которые имеют возможность и обязаны оказывать ей материальную поддержку.

Таким образом, в силу имущественного и семейного положения, возраста и состояния здоровья Г. нуждается в материальной поддержке, которую, согласно воле завещателя, она должна получить в виде наследственного имущества.

К счастью, данное спорное дело закончилось подписанием мирового соглашения, которое было утверждено определением суда.

Однако если бы этого не произошло, суд, несмотря на все вышеперечисленные обстоятельства, увы, должен был бы отказать в иске 80-летней наследнице по заве-

¹ Дело № 2-1278/2013 (М-21/2013) в Пушкинском городском суде Московской области.

щению и удовлетворить встречный иск З. только потому, что положения ст. 1149 ГК РФ не имеют обратной силы. Будь завешание составлено после 1 марта 2002 г., иск Г. скорее всего был бы удовлетворен.

Представляется, что сегодня, по прошествии 11 лет с момента введения в действие части третьей ГК РФ, необходимо отменить действие ст. 8 Федерального закона «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» и придать ст. 1149 ГК РФ обратную силу, распространив ее действие и на завешания, совершенные до 1 марта 2002 г., или по крайней мере ограничить действие ст. 535 ГК РСФСР, сделав возможным ее применение лишь в части определения размера обязательной доли, а в остальном — применять положения п. 2–4 ст. 1149 ГК РФ.

Н.М. Савельева,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Особенности реализации права несовершеннолетнего ребенка на принятие наследства

В соответствии с действующим законодательством несовершеннолетние лица являются самостоятельными носителями многих субъективных прав, которые, как известно, в области гражданских и семейных отношений могут быть двух видов: имущественные и личные неимущественные. «Имущественные права несовершеннолетних детей» — это собирательное понятие, состоящее из нескольких слагаемых. В перечень имущественных прав детей СК РФ включает, во-первых, право каждого ребенка на получение содержания от своих родителей и других членов семьи; во-вторых, право на получение причитающихся ему государственных платежей (пенсий, пособий). Кроме того, ребенку может также принадлежать на праве собственности любое движимое и недвижимое имущество, не ограниченное и не изъятое из гражданского оборота. При этом возможны различные основания его возникновения, в том числе имущество может приобретено и в порядке наследования (п. 3 ст. 60 СК РФ).

Принятие наследства осуществляется несовершеннолетними самостоятельно или их законными представителями (в зависимости от возраста). За малолетних детей наследство принимают их родители, усыновители или опекун (абз. 1 п. 1 ст. 28 ГК РФ). Несовершеннолетние в возрасте от 14 до 18 лет, не приобретшие полную дееспособность, принимают наследство самостоятельно с письменного согласия родителей, усыновителей или попечителя (абз. 1 п. 1 ст. 26 ГК РФ). В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 26 ГК РФ возможно последующее письменное одобрение законными представителями принятия наследства несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет. Принятие наследства осуществляется подачей по месту открытия наследства нотариусу или иному уполномоченному в соответствии с законом выдавать свидетельства о праве на наследство должностному лицу заявления наследника о принятии наследства либо заявления наследника о выдаче свидетельства о праве на наследство (п.1 ст. 1157 ГК РФ).

По общему правилу наследство может быть принято в течение шести месяцев со дня открытия наследства (п. 1 ст. 1154 ГК РФ). Вместе с тем нередко законные представители пропускают указанный срок. Причины уклонения указанных лиц от принятия наследства могут быть различными, в частности необходимость несения финансовых затрат. Как известно, для принятия наследства необходимо оплачивать госпошлину, если по наследству переходит недвижимость, возникают дополнительные затраты (оплата справок из органов технической инвентаризации (для жилых помещений), геодезическая съемка (для земельных участков) и др.). В соответствии с п. 1 ст. 1155 ГК РФ по заявлению наследника, пропустившего срок, установленный для принятия наследства, суд может восстановить этот срок и признать наследника принявшим наследство, если наследник не знал и не должен был знать об открытии наследства или пропустил этот срок по другим уважительным причинам и при условии, что наследник, пропустивший срок, установленный для принятия наследства, обратился в суд в течение шести месяцев после того, как причины пропуска этого срока отпали.

Возникает вопрос: следует ли бездействие родителей или лиц, их заменяющих, рассматривать в качестве уважительной причины, позволяющей суду восстанавливать срок для принятия наследства в целях защиты прав детей?

Молчание и отсутствие действий со стороны наследника по принятию наследства по общему правилу свидетельствуют об отказе от наследства. Однако, по справедливому мнению ряда ученых, исключением из этого правила является случай, когда наследником является несовершеннолетний или иное лицо, отказ от наследства которого невозможен без предварительного согласия органов опеки и попечительства. Если его законные представители без согласования с органом опеки и попечительства не подали в срок от имени несовершеннолетнего или иного лица заявление о принятии наследства, отказ не может быть признан законным. В такой ситуации права несовершеннолетнего могут быть защищены, например, подачей заявления о продлении срока для принятия наследства¹. Как верно отмечается в литературе, суды должны исходить из того, что указанные лица сами не могли в полном объеме понимать и осознавать значимость установленных законом требований о необходимости своевременного принятия наследства, а кроме того, даже неправомочны были самостоятельно подать нотариусу заявление о принятии наследства, ибо за них эти действия осуществляют их законные представители. Ненадлежащее исполнение законными представителями возложенных на них законодательством функций не должно отрицательно сказываться на правах и интересах наследников, не обладающих дееспособностью в полном объеме².

Анализ судебной практики также позволяет утверждать, что под «другими уважительными причинами», указанными в п. 1 ст. 1155 ГК РФ, следует понимать несовершеннолетие наследника. Так, отменяя решение нижестоящего суда, Свердловский областной суд указал: «Суд... не учел, что наследником... является несо-

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья: учебно-практический комментарий (постатейный) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2011.

² См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая (постатейный) / под ред. С.А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009; Ручкина Г.Ф., Курков П.А. Восстановление срока для принятия наследства: проблемы правоприменения // Нотариус. 2010. № 2.

вершеннолетний... который в силу несовершеннолетия не может в полном объеме знать, понимать и осознавать значимость установленных законом требований о необходимости своевременного принятия наследства и, кроме того, сам даже не правомочен подать нотариусу заявление о принятии наследства, поскольку за него эти действия в силу ст. 64 СК РФ осуществляет его законный представитель. Ненадлежащее исполнение законным представителем возложенной на него законом обязанности действовать исключительно в интересах несовершеннолетнего ребенка не должно отрицательно сказываться на правах и интересах наследника, не обладающего дееспособностью в полном объеме. В связи с этим субъективное отношение законного представителя к вопросу о принятии наследства и ее действия, которые привели к пропуску срока принятия наследства несовершеннолетним ребенком, не могут явиться основанием для отказа в восстановлении срока для принятия наследства несовершеннолетнему наследнику»¹.

Санкт-Петербургский городской суд при решении вопроса о восстановлении срока для принятия наследства посчитал несовершеннолетие ребенка в качестве уважительной причины, указав, что несовершеннолетний «в силу своего малолетнего возраста не знал и не должен был знать об открытии наследства, не имел возможности обратиться в установленном порядке с заявлением о принятии наследства, а пропуск указанного срока его законным представителем не должен привести к нарушению прав малолетнего ребенка»².

В Определении Московского городского суда от 10 августа 2010 г. по делу № 33-23756 также отмечается, что с точки зрения ст. 1155 ГК РФ несовершеннолетние относятся к категории лиц, которые не знали и не должны были знать об открытии наследства.

Такая позиция судебных органов представляется верной. Однако следует помнить, что в отличие от стран англосаксонской правовой семьи в России судебный прецедент не является основой правовой системы, а потому подобные решения не могут являться обязательными для других судов при разрешении аналогичных дел. Поэтому есть вероятность, что права ребенка, законные представители которого пропустят срок для принятия наследства, окажутся незащищенными. Вместе с тем именно несовершеннолетние, в силу их незрелости (умственной, физической), нуждаются в специальной заботе государства.

С учетом сказанного следует указать в абз. 1 п. 1 ст. 1155 ГК РФ в числе возможных уважительных причин отсутствие полной гражданской дееспособности лица либо дать соответствующие разъяснения в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании».

Весьма разумными представляются предложения, высказанные в научной литературе, о необходимости закрепления в законе обязанности законных представителей малолетнего ребенка совершить действия по принятию наследства, за исключением случаев, когда долги наследодателя превышают стоимость переходящего по наследству имущества³.

¹ Определение Свердловского областного суда от 7 июня 2007 г. по делу № 33-3935/2007.

² Определение Санкт-Петербургского городского суда от 22 апреля 2008 г. по делу № 33-3688/2008.

³ Подробнее см.: *Осипова С.В.* Дееспособность несовершеннолетних в гражданском праве России: дис. ... к.ю.н. Самара, 2007. С. 56.

Представляется, что неподача родителем малолетнего ребенка заявления о принятии наследства в установленный срок либо уклонение от дачи согласия на принятие наследства несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет фактически означает отказ от принадлежащих ребенку прав, а потому должна, на наш взгляд, порождать легально закрепленную обязанность органа опеки и попечительства обращаться в суд с иском о восстановлении срока для принятия наследства. Соответствующие дополнения необходимо внести в ГК РФ.

Что касается принятия наследства несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет, то считаем целесообразным внесение изменений в ГК РФ, допускающих возможность принятия наследства детьми указанной возрастной категории без согласия законных представителей, если последние уклоняются от принятия наследства и при условии, что долги наследодателя не превышают стоимость переходящего по наследству имущества.

Я.В. Турлуковский / Jarosław Jerzy Turlukowski,

доктор наук правовых (к.ю.н.),

адъюнкт (Assistant Professor) кафедры торгового права,

Институт гражданского права факультета права и администрации,

Варшавский университет (Польша)

Универсальное и сингулярное правопреемство в современном польском наследственном праве

Конструкция универсального правопреемства известна законодательству еще с незапамятных времен, по крайней мере начиная с римского права. Такое казалось бы банальное утверждение часто упускает из виду факт, что уже в раннем Средневековье на части бывших римских территорий можно было видеть изменения или даже регресс этой юридической конструкции. Более того, в конце XIX и начале XX в. в новообразованных государствах в рамках собственной правовой политики и пересмотра старого законодательства иногда даже заново поднимался вопрос о сути этой юридической конструкции. Утверждение, что в каких-либо двух странах в наследственном праве принята конструкция универсального правопреемства не гарантирует автоматически, что все аспекты этого правопреемства будут пониматься так же или что сама конструкция будет состоять из тех же элементов.

Как пример следует привести уникальную ситуацию довоенной Польши, когда в рамках единой политической и географической страны, после провозглашения независимости в 1918 г., действовало несколько правопорядков. То есть страна в правовом смысле состояла из нескольких регионов, где действовало разное законодательство, оставшееся после периода отсутствия государственного суверенитета. Из основных и наиболее повлиявших на развитие нового польского законодательства законов следует вспомнить немецкий гражданский кодекс, австрийский Гражданский кодекс, кодекс Наполеона, Т. X российского Свода законов. Польское правительство изначально после провозглашения независимости взяло курс на построение собственной правовой системы методом постепенного и эволюционного

введения законов, которые бы действовали на территории всей страны, проведения последовательной кодификации. Никакие идеи о немедленном уничтожении «права оккупантов» не выдвигались и не были реализованы. Возможно, наибольшим историческим парадоксом является то, что бывшее царское право действовало на части территорий молодого Польского государства, в то же время большевистский режим полностью и практически сразу после крушения Российской империи уничтожил старый правопорядок, в связи с чем не приходится говорить о какой-либо преемственности. Следует вспомнить одного из ближайших учеников Г.Ф. Шершеневича, профессора Евгения Владимировича Васьковского, который был профессором в довоенной Польше (в польском Вильно, ныне Вильнюс, столица Литвы). Среди массы своих разноплановых работ на польском языке, Е.В. Васьковский оставил также работы, посвященные т. X Свода законов, как действующему на части польской территории праву¹.

Объем данной статьи не позволяет рассмотреть все правопорядки, существующие на территории довоенной Польши, но можно привести только некоторые примеры, свидетельствующие о разном понимании и применении конструкций универсального и сингулярного правопреемства.

В российском дореволюционном порядке неоднократно поднимался вопрос, знает ли законодательство вообще конструкцию универсального правопреемства. Вплоть до 1917 г. на этот вопрос не было найдено однозначного, разделяемого всей правовой доктриной ответа. Дело в том, что дореволюционное российское право в т. X Свода законов не употребляло в собственном смысле этого слова термина «завещательный отказ», а всех что-либо получающих после наследодателя лиц считало наследниками². И только на основании ст. 1011 и ст. 1086 т. X Свода законов часть доктрины утверждала о возможности установления отказа, хотя в принципе в законе можно было только найти примеры (перечисление) отдельных видов легатов, а не саму конструкцию³. Не имело значения, призывают ли кого-либо к наследованию всего наследства, конкретного имущества или идеальной доли в наследстве. Кого-либо, пытающегося разделить отказ и установление наследника, обвиняли в излишней привязанности к римскому праву. Решительным противником проведения в законодательстве разграничения между отказом и установлением наследника был Н. Полетаев, утверждавший, что «различение назначения наследника и отказа искусственно противоречит логике вещей и объясняется тем давлением, которое производится римским правом до сих пор на умы людей»⁴.

Тем не менее часть представителей дореволюционной доктрины поддерживала существование конструкции завещательного отказа, а точнее одного из его видов — обязательственного отказа. Данная группа авторов исходила из того, что в законе идет речь только об обязанности наследников по отношению к лицу, имеющему право,

¹ См., например: *Wąskowski E.* Kodeks Zobowiązań a I Cz. X T. Zводу Praw. Wilno, 1934.

² См.: *Башмаков А.* Быть или не быть понятию завещательного отказа в русском законодательств // Журнал Министерства юстиции. 1901. № 7. С. 76–77.

³ См.: *Тютрюмов И.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Кн. 3. М., 2004. С. 69–70, 186.

⁴ *Полетаев Н.* О завещательных отказах в наших действующих и будущих законах // Журнал Министерства юстиции. 1902. № 6. С. 181.

следовательно, речь идет об облигационном отказе¹. Особо следует подчеркнуть, что проф. Г. Шершеневич видел возможность установления не только дамнационного (обязательственного) отказа, но и виндикационного (вещного) отказа. Более того, Габриэль Феликсович призывал в этом вопросе не поддаваться немецкому влиянию, поскольку, как известно, немецкая доктрина признает только обязательственный отказ, и признать вещный отказ². «Закон имеет в виду один род легата, — право на периодические платежи со стороны наследника. Но для развития института отказа достаточно того, что закон упоминает хотя бы об одном виде отказов и что он сознает различие между наследником и лицом, получающим отказ»³. В дореволюционном законодательстве России вопрос так не ставился, но с современной точки зрения четкое разграничение установления наследника и отказополучателя в завещании может свидетельствовать о принятии конструкции универсального правопреемства.

Несмотря на вышеизложенные научные подходы, правильным все же кажется мнение, что дореволюционное российское право не знало универсального наследственного правопреемства. Лица после смерти наследника получали не доли в наследстве, но так называемые непосредственные получения. В такой ситуации нельзя вести речь о переходе наследства как одного целого на наследников⁴. Такое воззрение может быть подтверждено тем, что дореволюционный Проект Гражданского уложения совершенно умышленно не поддерживал концепцию универсального правопреемства⁵. Поэтому следует согласиться с Н.Г. Вавиным, что «русское право, в силу особых условий своего развития, не восприняло римских традиций и, отвергнув, как необходимое условие наследственного преемства, принятие имущества в смысле унитарной универсальности, выработало свое собственное понимание этого института... В этом своем виде вещный отказ, или, как его ранее называл Шершеневич, отказ абсолютный, с точки зрения действующего права должен рассматриваться в качестве назначения наследника»⁶.

В то же время в Кодексе Наполеона, действующем в Польше, по крайней мере один из трех завещательных отказов по всей видимости может рассматриваться как вещный отказ и как сингулярное правопреемство.

Кодекс Наполеона также не отличал установление наследника от легата и разделял распоряжения последней воли на:

- универсальные отказы, *légataires universels* (призвание ко всему наследству);
- так называемые отказы «под общим титулом», *légataires á titre* (призвание к части наследства);
- специальные отказы, *légataires particuliers* (право на отдельные предметы)⁷.

Как утверждал Г. Кониц, «редакторы кодекса считают только преемников *ab intestato* за наследников, потому что, говорят, только Бог может установить наслед-

¹ См., например: *Синайский В.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 609.

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 441.

³ Там же. С. 438.

⁴ См.: *Вавин Н.Г.* Завещательный отказ по русскому праву. М., 1915. С. 31.

⁵ См.: *Гражданское Уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения* / ред. И.М. Тютрюмов; сост. А.Л. Саатчиан. Т. 2. СПб., 1910. С. 56.

⁶ *Вавин Н.Г.* Указ. соч. С. 32.

⁷ *Por. Płaza S.* Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Cz. II: Polska pod zaborami. Kraków, 1998. С. 76.

ников. Поэтому, санкционируя завещания, называют одаряемых актом последней воли легатариями, т.е. отказополучателями»¹. Вне всякого сомнения, такой подход создателей Кодекса Наполеона был историческим компромиссом между римским правом и влиянием обычного права, которое вообще не разрешало на установление наследника в понимании римского права. Собственно говоря, потому и дошло до своеобразного уравнивания статуса наследодателя и отказополучателя². Практически первые два из вышеперечисленных отказов играли роль в современном праве характерную для института установления наследника. Учитывая такой подход законодателя в Кодексе Наполеона, профессором Г.Ф. Шершеневичем было высказано довольно резкое на первый взгляд утверждение, что «при таком определении отказа трудно ожидать, чтобы закон различал отказы вещные и обязательственные, и во французской юриспруденции далеко не бесспорным считается, знает ли и допускает ли кодекс вещные легаты»³. Если отбросить сомнения, то все-таки *légataires particuliers* следует рассматривать как отказ, порождающий вещные следствия и соответственно являющийся сингулярным правопреемством. В то же время нельзя игнорировать тот факт, что с точки зрения современной теории гражданского права такой вещный отказ имел некоторые черты обязательственного отказа. Пример французского и российского права действующего в Польше, показывает эластичность конструкции правопреемства или даже возможность функционирования посмертного правопреемства без такой конструкции.

Как указывалось выше, немецкое наследственное законодательство, применяющееся в Польше, было основано на идее универсального правопреемства, причем единственный признаваемый вид завещательного отказа — обязательственный — нельзя рассматривать как сингулярное правопреемство⁴. Отказополучатель получает только право требования от наследника, к которому перешло наследство, исполнения отказа. Правопреемство между наследодателем и отказополучателем не возникает.

До начала Второй мировой войны польскому правительству не удалось провести кодификацию наследственного права. Так называемая унификация была проведена только после окончания Второй мировой войны. В унифицированном послевоенном праве, как и в действующем до сегодняшнего дня Гражданском кодексе, введенном в действие 1 января 1965 г., процесс наследования опирается на конструкции универсального правопреемства, во многих аспектах более тяготеющую к универсальному правопреемству в римском праве. Наследник получал все наследство или же идеальную долю в наследстве, а не сразу отдельные права из наследства. Тем не менее принятие универсального правопреемства следует считать только технико-правовым принципом наследственного права, которое не обязательно должно на него опираться. В конце концов сам термин «универсальность» имеет условный характер, ведь не все права подлежат переходу на наследников. Часть прав переходит вне наследственного права на указанных в законе субъектов, а часть прав и обязанностей прекращается со смертью наследодателя. Кроме того,

¹ Konic H. Prawo spadkowe wobec nowoczesnych prądów w prawie cywilnem. Warszawa, 1925. С. 6.

² Planiol M. Podręcznik prawa cywilnego (o darowiznach i testamentach). Warszawa, 1922. С. 100.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 437.

⁴ См.: Zoll F. Prawo cywilne dzielnic polskich (w zarysie), Prawo cywilne byłej dzielnicy pruskiej, Cz. III, oprac. F. Zoll i A. Ochanowicz. С. 37.

о чем реже вспоминается в литературе по наследственному праву, существуют другие виды правопреемства в иных отраслях права, например в налоговом праве. По своей юридической сути, конструкционно, такие правопреемства мало чем отличаются от универсального правопреемства, хотя речь идет о налоговых правах и обязанностях. С такой точки зрения более точным юридическим термином является «общее правопреемство гражданского права», а не универсальное правопреемство.

В любом случае как универсальное, так и сингулярное правопреемство следует рассматривать как юридико-технический вид посмертного правопреемства как такового. Главное отличие в том, что при универсальном правопреемстве правопреемник входит (получает) в совокупность прав и обязанностей, т.е. целое, или по крайней мере в часть прав и обязанностей, обычно выраженную в идеальной доле. Причем переход прав и обязанностей наступает на основании одного юридического факта и только в случае, предусмотренном нормами одной из отраслей права. В случае сингулярного правопреемства предметом перехода является отдельное право.

До изменений Гражданского кодекса польское наследственное право позволяло только установление в завещании обычного обязательственного отказа (*legatum per damnationem*). Такой отказ вообще нельзя рассматривать в категориях универсального/сингулярного правопреемства. Отказополучатель не является правопреемником наследодателя, поскольку все наследство переходит к наследнику, а отказополучатель имеет только право требования к наследнику, касающееся исполнения завещательного отказа. Но начиная с 23 октября 2011 г. законодатель ввел в ГК новую юридическую конструкцию — виндикационный отказ (*legatum per vindicationem*). После введения таких изменений традиционный для польского права обязательственный отказ получил название «обычный отказ» в противовес отказу виндикационному. В завещании, составленном в форме нотариального акта, наследодатель может установить, что определенное лицо получает предмет виндикационного отказа в момент открытия наследства¹. Несмотря на употребление терминов «наследодатель» и «открытие наследства», нет никаких сомнений, что предмет виндикационного отказа не входит в наследственную массу и вообще не переходит в порядке наследования. То есть вышеупомянутые юридические термины только обозначают лицо, которое не является для виндикационного отказополучателя наследодателем. В то же время открытие наследства тут обозначает только момент перехода виндикационного отказа. Такой отказополучатель в отличие от обычного отказополучателя не имеет никаких прав требования к наследнику, касающихся исполнения отказа, ведь не наследник, но непосредственно сам отказополучатель в момент смерти наследодателя получает предмет виндикационного отказа. Конечно, в практике могут быть случаи, когда такой предмет находится у наследника или третьего лица, но в такой ситуации можно только требовать выдачи своего имущества из чужого незаконного владения, а не исполнения отказа. Последний, собственно говоря, исполняется автоматически согласно закону в момент смерти наследодателя. Согласно § 2 ст. 981¹ ГК Польши установлен закрытый каталог предметов виндикационного отказа, т.е. другие права не могут переходить на отказополучателя посредством этой юридической конструкции:

¹ Ustawa z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 85, poz. 458).

- индивидуально обозначенная вещь;
- отчуждаемое имущественное право;
- предприятие (в предметном значении) или аграрное хозяйство;
- установление в пользу виндикационного отказополучателя права пользования или сервитута¹.

Вышеприведенные нормы ГК Польши являются аргументом в пользу того, что конструкция виндикационного отказа должна рассматриваться как пример сингулярного правопреемства. Право, передаваемое как предмет виндикационного отказа, всегда должно быть четко определено в завещании. Предмет, обьятый виндикационным отказом в момент открытия наследства, должен принадлежать наследодателю, и не должно существовать важного обязательства, на основании которого наследодатель должен сбить этот предмет. В противном случае виндикационный отказ не порождает никаких юридических последствий.

Несмотря на вышеперечисленное, часть авторов, анализирующих конструкцию виндикационного отказа, подчеркивают, что виндикационный отказ «приводит к сингулярному правопреемству по наследодателю в области прав и *de facto* к универсальному правопреемству в области обязательств»². Основная проблема состоит в том, что отказополучатель несет солидарную ответственность до момента раздела наследства вместе с наследниками за долги наследодателя. От момента раздела наследства наследники и виндикационные отказополучатели несут ответственность за наследственные долги пропорционально полученному имуществу. В любом случае ответственность отказополучателя ограничена до стоимости предмета виндикационного отказа. Рамки этой статьи не позволяют полностью раскрыть правовую суть ответственности за долги виндикационного отказополучателя, но очевидно, что роль такого отказополучателя во многом идентична роли наследника в вопросе ответственности за долги.

Учитывая изменения, произведенные в наследственном праве, можно утверждать, что фактически произошла декомпозиция наследственного правопреемства в дореформенном его понимании. Такое правопреемство не может более рассматриваться как синоним посмертного правопреемства. Правильно будет утверждать о посмертном правопреемстве по умершему лицу, которое может осуществляться посредством наследования или же через конструкцию виндикационного отказа. Причем такие способы посмертной передачи прав и обязанностей не являются взаимно исключаящими, но фактически неразрывно связаны. Всегда открывается наследство и происходит наследование, хотя в конкретной ситуации почти все права и пропорционально обязательства может получить виндикационный отказополучатель. Вне всякого сомнения, в современном польском праве посмертное правопреемство состоит из двух основных видов правопреемства: универсального (общего) и сингулярного (виндикационный отказ). Эти два вида преемства являются автономными, в то же время можно говорить о единстве посмертного правопреемства в правах и обязанностях наследодателя. Сингулярное правопреемство в данной ситуации не может рассматриваться как абсолютно независимое. С такой точки зрения ответственность виндикационного отказополучателя по долгам умер-

¹ Ustawa z 18 marca 2011 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 85, poz. 458).

² Księżak P. Zapis windykacyjny. Warszawa, 2012. С. 45.

шего наследодателя не является ничем необычным. В конце концов, есть единство перехода прав и обязанностей наследодателя, хотя и посредством разных юридических конструкций. Учитывая изменения законодательства, по всей видимости, следует выработать новую соответствующую терминологию.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

А.И. Абдуллин,

д.ю.н.,

зав. кафедрой международного и европейского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Доктрина международного частного права: проблемы формирования и развития

Изучение и понимание соответствующих проблем в области международного частного права невозможны без привлечения истории его доктрин и учений.

Нельзя не согласиться с выводом чешского правоведа П. Каленского о том, что «невозможно рассматривать современное международное частное право изолированно, не считаясь с его развитием»¹. Действительно, именно в области международного частного права, как нам представляется, история доктрин, история учений и его науки имеет непреходящее значение, несомненно, большее, чем в других областях права.

Коллизионные вопросы (как первоосновные в международном частном праве) получили практическое развитие в России с середины XIX в. по мере развития российской внешней торговли. И к 1917 г. наука международного частного права прошла огромный путь своего развития и становления, путь — от рассмотрения отдельных коллизионных вопросов до создания самостоятельной и цельной системы международного частного права, решавшей актуальные проблемы своего времени, имевшей как крупнейшую теоретическую базу, так и носящую во многом прикладной характер².

Становление науки международного частного права в России неразрывно связано с Казанским университетом, ученым которого довелось сделать первые шаги в этой области. Казанский университет, по образному выражению профессора В.Э. Грабаря, явился в середине XIX в. «очагом развития этой отрасли международного права».

Первый очерк международного частного права содержится в лекциях выдающегося цивилиста, профессора Казанского университета *Дмитрия Ивановича Мейера* (1819–1856), изданных после его смерти впервые в 1858 г., сначала — в «Ученых за-

¹ Цит. по: Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994. С. 6.

² См., в частности: *Абдуллин А.И.* Становление и развитие науки международного частного права в России: проблема понимания природы международного частного права в трудах российских правоведов XIX в. // Журнал международного частного права. 1996. № 3 (13). С. 20–27.

писках Казанского университета», а затем — отдельно и более известных нам как «Русское гражданское право» Д.И. Мейера¹.

Дмитрий Иванович Мейер родился 1 сентября 1819 г. в Петербурге, в семье музыканта. В 1834 г. из 2-й Петербургской гимназии он поступил в Главный педагогический институт, где в 1841 г. окончил курс юридических наук с золотой медалью. В этом же году, как один из лучших студентов, Д.И. Мейер был командирован в Берлинский университет, где занимался не только юридическими науками, но также философией и историей.

К осени 1844 г. Д.И. Мейер вернулся в Петербург и после успешного чтения пробных лекций был назначен исполняющим обязанности адъюнкта в Казанский университет. С этого момента начинается педагогическая и научная деятельность Д.И. Мейера.

Международное право Д.И. Мейер читал в течение 5 лет — с 1845 по 1850 г. Будучи видным ученым-цивилистом, Дмитрий Иванович не мог не заинтересоваться и вопросами, связанными с международным частным правом. Известно, что в своих знаменитых лекциях по русскому гражданскому праву Мейер, касаясь вопросов действия законов относительно времени, места и лиц, анализировал коллизионные нормы².

«Если иметь в виду одну определенную местность, — замечал Д.И. Мейер, — то применение законов к юридическим отношениям не представляет затруднения: в каждой местности должны действовать те законы, которые для нее изданы, с исключением законов общих в случае столкновения. Но люди беспрестанно переходят из одной местности в другую; встречается много юридических отношений, которые возникают в одной местности, а следствия их происходят совсем в другой; есть много таких юридических отношений, которые начинаются в одной местности, продолжаются в другой и оканчиваются в третьей. Между тем различные местности могут состоять под господством различных законов, даже под влиянием различных территориальных властей, и вопрос о применении закона относительно места утрачивает первоначальную простоту»³.

Далее Д.И. Мейер детально рассматривает теорию трех статутов — *statuta personalia*, *statuta realia* и *statuta mixta*, используя для этого многочисленные работы западных ученых, включая и Савиньи.

Д.И. Мейер выводит «основное правило» при разрешении столкновений между законами различных местностей: «...Юридические отношения, признаваемые законами в одной местности, признаются законами и в другой, если особым определением законодательства этой другой местности не объявлена незаконность того или другого данного отношения»⁴.

¹ Мейер Д.И. Русское гражданское право. («Чтения» Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. Казань, 1858. Следует заметить, что «Чтения» Д.И. Мейера до 1917 г. выдержали 10 изданий и были самым популярным и распространенным учебным пособием в России. Более того, и в настоящее время труды Д.И. Мейера переиздаются и пользуются большой популярностью. Так, например, издаваемая кафедрой гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова и издательством «Статут» замечательная серия «Классика российской цивилистики» была открыта именно «Русским гражданским правом» Д.И. Мейера (Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. По испр. и доп. 8-му изд., 1902 г. М., 1997. (Классика российской цивилистики)).

² См.: Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 119.

³ Мейер Д.И. Русское гражданское право. С. 56.

⁴ Там же. С. 62.

«Главное правило относительно применения законов к лицам то, что законы, — считает Мейер, — должны быть применяемы ко всем одинаково, насколько сами законы не определяют различия. Нарушения этого правила есть вопиющее нарушение закона и справедливости...»¹

Отмечая вклад Д.И. Мейера в науку международного частного права, известный правовед Б.Э. Нольде писал: «Мейер открыл русской науке конфликтное право... Он первый... попытался разместить в систематику конфликтных норм некоторые статьи наших законов гражданских...»².

Вопросы международного частного права затрагиваются Д.И. Мейером и в ряде других его работ, в частности в его труде «Юридические исследования относительно торгового быта Одессы», изданном в 1855 г.³ В этой работе обращают на себя не столько специальные моменты, сколько общий подход автора, его высокая оценка правовой науки. В своих «Исследованиях» Д.И. Мейер детально анализирует вопросы комиссионной торговли в Одессе, рассматривает практику вексельного обращения во внешней торговле, приводит много ярких и интересных примеров по страхованию, фрахту судов, рассматривает конкретные казусы из области внешней торговли. Отдельные части этого исследования Д.И. Мейера сыграли определенную роль в развитии международного частного права и в оформлении и становлении нарождающейся науки торгового права⁴.

Первым изложил коллизионные вопросы в своих лекциях Д.И. Мейер, а заслуга первого изложения коллизионного права в целом как самостоятельной отрасли юриспруденции принадлежит ученику Д.И. Мейера, воспитаннику Казанского университета *Николаю Павловичу Иванову* (1839–1903).

Получив хорошие знания и по гражданскому, и по международному праву, Н.П. Иванов был подготовлен к тому, чтобы заняться научными исследованиями актуальных проблем международного частного права, выдвинутых самой жизнью.

Диссертация Н.П. Иванова, защищенная им в декабре 1864 г., а в 1865 г. опубликованная в «Ученых записках Казанского университета» (Т. I. Вып. II. С. 136–188) и отдельно, является первой работой в отечественной науке международного частного права, где дана самостоятельная теория коллизионного права. Ее название — «Основания частной международной юрисдикции»⁵.

Нужно заметить, что Н.П. Иванов был первым ученым в России, употребившим сам термин «международное частное право».

Таким образом, к 70-м годам XIX в. закладываются основы молодой российской науки международного частного права.

Сегодня нам хочется искренне верить в то, что богатейшие традиции в изучении проблем международного частного права не будут забыты, а научная преемственность поколений российских ученых в области международного частного права будет восстановлена. К счастью, мы можем наблюдать начало этого процесса в наше

¹ Мейер Д.И. .Русское гражданское право. С. 63.

² Нольде Б.Э. М.И. Брун (1860–1916) и наука международного частного права в России // Вестник гражданского права. 1917. № 3–5. С. 10.

³ См.: Мейер Д.И. Юридические исследования относительно торгового быта Одессы. Казань, 1855.

⁴ См.: Певзнер Г.С. Д.И. Мейер — выдающийся цивилист // Ученые записки Казанского университета. Т. 116. Кн. 13. 1956. С. 25.

⁵ Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865.

время, одним из подтверждений чему является переиздание издательством «Статут» серии «Классика российской цивилистики», а также издание серии «Золотой фонд российской науки международного права».

М.В. Кривенкова,
к.ю.н., доцент кафедры частного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Нормотворческая деятельность государства в сфере международного частного права

Спецификой коллизионно-правовых норм, входящих в состав отрасли международного частного права, является их характер, который в корне отличается от характера норм иных отраслей права тем, что конкретной модели поведения для участников правоотношения не предоставляет. Сам факт существования в правовой системе государства коллизионных норм, носящих отсылочный характер, направляющих правоприменителя к праву другого государства, свидетельствует о стремлении государства выйти за пределы своего правового поля при регулировании сложных частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Согласие государства на использование материально-правовых норм чуждой ему правовой системы уже свидетельствует о стремлении государства обеспечить максимальную защиту имущественных и личных неимущественных прав субъектов данных правоотношений. Такой выход из безопасной зоны собственной правовой системы сопряжен с определенным риском и сложностями для государства, однако это просто необходимо в современных условиях.

Стоит отметить, что однажды сформулированные, нормы международного частного права, как правило, не требуют серьезных изменений. Это связано, полагаю, в основном с содержанием коллизионно-правовых норм, которые, как уже было отмечено, не указывают субъектам правоотношений конкретной модели поведения, а лишь отсылают к праву какого-либо государства. Отсутствие в коллизионно-правовой норме конкретных прав и обязанностей участников правоотношений является своеобразной гарантией того, что стремительно развивающиеся общественные отношения потребуют внесения корректировок в эти нормы, как это часто случается с материально-правовыми нормами. А учитывая то, что в структуре коллизионно-правовой нормы отсутствует такой элемент, как санкция, это позволяет не корректировать ответственность за нарушение этой нормы в сторону, к примеру, ужесточения наказания, для приведения этого наказания в соответствие с, опять-таки, изменившимися материальными условиями.

В случае с материально-правовыми нормами ужесточение наказания зачастую бывает неизбежным для поддержания правопорядка. Как справедливо писал в свое время Г.Ф. Шершеневич, «поднимая степень страдания, которым грозят нормы права, государство способно преодолеть все мотивы и обеспечить идеальное повиновение. Однако этому выводу противоречит действительность, которая показывает,

что чем культурнее государство, тем меньшими угрозами достигает оно наибольших результатов. Сила угрозы стоит в зависимости 1) от силы противоположных мотивов и 2) от восприимчивости к угрозе». И далее справедливо пишет о санкциях: «...государство может достигнуть желательных результатов не столько усилением правовой репрессии, сколько изменением социальных условий, определяющих поведение граждан, не столько усилением мотивов, располагающих в пользу законного поведения, сколько ослаблением мотивов, отклоняющих от законного поведения».

Тем не менее в настоящее время мы наблюдаем ужесточение санкций материально-правовых норм. И это лишь частично связано с тем, что твердые денежные суммы, в которых закрепляются штрафы, более не устрашают потенциальных правонарушителей.

Если же говорить непосредственно о коллизионно-правовых нормах, то нормотворческая деятельность государства в этой сфере носит меньшую интенсивность. Однако цель такой деятельности совпадает с целью деятельности по изменению норм материального права — приведение этих норм в соответствие с непрерывно меняющимися объективными условиями жизни общества.

Если проанализировать Проект изменений в гражданское законодательство, которые коснутся и разд. VI части третьей ГК РФ, то можно отметить, что уже существующие коллизионно-правовые нормы претерпевают незначительные изменения. В частности, ряд статей предлагается оставить в неизменном виде, к примеру все статьи (ст. 1195—1201 ГК РФ), касающиеся правосубъектности физических лиц. Стоит отметить, что нормы, содержащиеся в указанных статьях, действительно не из числа тех, которые стоит пересматривать, поскольку правовой статус физических лиц — это правовая категория, которая не должна изменять свое содержание в связи с перемещением самого физического лица через границу. Это та правовая категория, которая особенно нуждается в постоянстве. В.В. Новиков и Ю.В. Трунцевский отмечают наличие проблем в правосубъектности иностранных граждан в России в связи с далеко не всегда оправданными ограничениями, однако это, полагая, связано с содержанием не столько коллизионно-правовых норм, сколько норм материально-правовых.

В коллизионное право России предлагается включить новые нормы, потребность в которых назрела с момента принятия данной части ГК РФ. Так, в Проекте федерального закона появились нормы о праве, подлежащем применению к исключительным правам на интеллектуальную собственность, в отношении договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, в отношении лицензионного договора, к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, к переходу прав кредитора к другому лицу на основании закона, к прекращению обязательства зачетом, к определению допустимости требования о возмещении вреда непосредственно страховщиком, к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора.

Внесение же изменений в уже действующие коллизионно-правовые нормы по своему объему незначительно, но крайне важно, так как основывается не только на практике применения этих норм в России, но и на опыте международного сообщества, опыте отдельных государств. Хотя рассматриваемый законодательным органом проект изменений, по мнению некоторых авторов, является недостаточ-

но полным. К примеру, С.Н. Мызров полагает, что ст. 1186 ГК РФ («Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом») также нуждается в корректировке с учетом возможности использования иных источников международного частного права помимо международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

В целом можно отметить, что нормотворческая деятельность государства в сфере международного частного права, а точнее, именно в сфере коллизионного права, осуществляется по трем направлениям:

1) создание новых коллизионно-правовых норм с учетом серьезных изменений в жизни общества и появления общественных отношений, не известных ранее законодателю (к примеру, определение права, подлежащего применению к лицензионному договору, осложненному иностранным элементом);

2) изменение привязок действующих коллизионно-правовых норм (к примеру, определение права, подлежащего применению к форме сделки международного характера);

3) изменение содержания коллизионно-правовых норм с учетом внутригосударственной правоприменительной практики, опыта международного сообщества и опыта отдельных государств (к примеру, появление такой правовой категории, как вещный статут, т.е. перечня конкретных вопросов, которые решаются на основе применимого права).

Н.А. Новикова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Уральская государственная юридическая академия

Место *lex mercatoria* в регулировании отношений международного частного права

В современной юридической науке и практике все больше разгораются споры относительно такого явления, как *lex mercatoria* в системе правового регулирования торговых отношений, осложненных иностранным элементом. Данное явление особо связано с возможностью использования в правоприменительной практике Принципов международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА), которые прямо предусматривают возможность регулирования договорных правоотношений сторон «общими принципами права», *lex mercatoria* или аналогичными положениями¹.

Исходя из этого, вполне очевидно, что в науке весьма актуальными являются два вопроса: что такое *lex mercatoria* и какое место занимает данное явление в регулировании отношений международного частного права. Как представляется, ответ на первый вопрос позволит сделать вывод и по второму из них.

¹ Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). 1994 г. // Библиотечка «Российской газеты». 2001. Вып. 13.

Итак, что же есть *lex mercatoria*? Как отмечается многими исследователями, очевидная сложность современного *lex mercatoria* заключается в том, что в доктрине отсутствует единое понимание сути этого явления, причем это касается как национальной юриспруденции, так и зарубежной науки¹.

Но если попытаться обобщить различные точки зрения, то в самом общем виде *lex mercatoria* можно определить как право, творимое самими участниками соглашения, иными словами, фактически *lex mercatoria* — это система обыкновений, действующих в течение долгого периода времени, т.е. так называемый «заведенный порядок».

Как отмечал Г.Ф. Шершеневич, заведенный порядок в торговых делах не является юридически необходимым и фактически не имеет юридического характера. Его надлежит рассматривать только в рамках конкретных правоотношений между определенными субъектами и придавать ему универсальный характер нельзя. Соответственно, при рассмотрении того или иного спора суд должен учитывать только те правила «заведенного порядка», который стороны признали в качестве условий своего договора². Таким образом, источниками правового регулирования данные нормы не являются.

Как представляется, невозможно не согласиться со столь авторитетным мнением. Что есть источник международного частного права? Источник права, с точки зрения общей теории права, — это внешняя форма выражения правовых норм, это то, что должно быть принято или санкционировано государством, публичной властью. Что есть обыкновение? Формально — это то, что принято в рамках определенного делового сообщества, и к публичной, суверенной власти государства не имеет никакого отношения. Соответственно, обыкновение не может выступать в качестве источника права, а следовательно, таким источником не будет являться и *lex mercatoria*. Более того, как представляется, если государство разрешит использование соответствующего правила «заведенного порядка», то очевидно, что обыкновение перейдет в разряд обычаев, которые в структуру *lex mercatoria* не входят и имеют подчиненное значение по отношению к нормам законодательных актов.

Часто современную концепцию *lex mercatoria* рассматривают как аналог, возрождение соответствующей концепции, существовавшей во времена средневекового права. Известно, что само понятие *lex mercatoria* появилось еще в XI–XII вв. в Европе в рамках так называемого «купеческого права», возникшего в связи со значительным ростом торгового оборота, осложненным иностранным элементом. В период Средневековья купеческое право обладало весьма специфическими чертами по сравнению с известными и привычными для населения правовыми нормами. В частности, основу данной системы регулирования составляли торговые обычаи межнационального характера, сложившиеся в деловых кругах торгующей Европы. Основными принципами данной системы норм являлись свобода договора и рассмотрение дела по справедливости.

¹ Мажорина М.В. Право международной торговли и *lex mercatoria* // Российский юридический журнал. 2010. № 1. С. 33–41; Международное частное право: учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / под ред. С.Н. Лебедева, Е.В. Кабатовой. М., 2011; Асосков А.В. Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и российское международное частное право // Вестник гражданского права. 2009. № 2; Berger K. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. The Hague; London; Boston, 1999; Lopez Rodriguez A. Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU. Copenhagen, 2003 и др.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 98–101.

Необходимость концепции *lex mercatoria* в рамках средневекового права вполне очевидна и понятна. Государство того времени не ставило цели регулировать частноправовые отношения, цель правового регулирования средневекового государства — это установление особого правового статуса самого государства и закрепление социальных привилегий отдельных слоев общества. Соответственно, предприниматели того времени были вынуждены создавать комплекс норм своего, фактически корпоративного права, который был им необходим для регулирования их взаимоотношений. И государство позволяло им это делать. Хотя даже в период весьма активного применения «купеческого права» оно не было универсальным правовым регулятором. В частности, как отмечает Т.А. Батрова, «протоколы судов указывают на то, что «*lex mercatoria*» не был универсальным законом для торгового класса. Из них также не следовало, что участники процесса готовы были подчинить себя традиции торгового права, которое простиралось за пределы соответствующей местности»¹.

Возможно ли в современности возрождение данной концепции? Можно ли сейчас ее считать источником международного частного права? Следует отметить, что сейчас цели правового регулирования изменились, причем, как представляется, достаточно кардинально. Государство взяло на себя обязанность осуществлять правовое регулирование всех сфер общественной жизни, в том числе и предпринимательской сферы. И отношения с участием иностранного элемента в данном случае исключением не являются.

Российское государство, следуя основным принципам своей правовой системы, закрепило в ч. 3 ГК РФ основной перечень применяемых российскими судами коллизионных норм, которые отнюдь не являются изобретением российского права. Современное российское законодательство, бесспорно, ориентировано на использование универсальных коллизионных привязок, признаваемых во всех странах, всеми профессиональными судами. При этом, как представляется, применение именно данного комплекса коллизионных привязок направлено на максимально возможное действие универсальных правовых норм и обеспечение широкой возможности признания и исполнения решений российских судов за рубежом.

Применение же норм *lex mercatoria* современными профессиональными судами не представляет собой слишком распространенного явления. Если говорить о европейских странах, то применение соответствующих норм при вынесении судебных решений началось только с начала 80-х годов XX в. и встретило при этом достаточно много противников. В настоящее время очень небольшое количество государств в рамках национального законодательства закрепили возможность использования норм *lex mercatoria*². Естественно, принятие Принципов УНИДРУА является большим шагом на пути признания *lex mercatoria* в качестве правового регулятора отношений в сфере международной торговли. Но вместе с тем надлежит помнить, что данный документ не имеет силы международного договора, а значит, не является обязательным для применения.

¹ Батрова Т.А. Развитие торгового права в средневековой Англии и Франции // Международное публичное и частное право. 2011. № 5. С. 39–41.

² В качестве примера можно назвать Гражданский процессуальный кодекс Франции 1975 г. (в ред. 2007 г.), Единообразный торговый кодекс США.

Таким образом, рассуждая о месте и роли *lex mercatoria* в системе регулирования отношений международного частного права, необходимо отметить, что в настоящее время причислить *lex mercatoria* к числу правовых регуляторов не представляется возможным. Российские суды, следуя традициям отечественной правовой системы, при вынесении решений по делам, осложненным иностранным элементом, должны руководствоваться существующими правовыми нормами, а не «заведенным порядком» деловых кругов. Нормы *lex mercatoria* должны оставаться исключительно договорными условиями в рамках конкретных правоотношений, по крайней мере до тех пор, пока национальные правовые системы государств — партнеров Российской Федерации не признают нормы *lex mercatoria* в качестве обязательных для применения при регулировании торговых правоотношений, осложненных иностранным элементом.

Р.А. Сошников,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

О проблеме установления содержания норм иностранного права

В условиях развивающейся международной интеграции неизбежным является обращение российских лиц к праву иностранных государств при регулировании отношений с иностранным элементом, составляющих предмет международного частного права. В связи с этим особую остроту и значимость приобретает вопрос установления содержания норм иностранного права, их правильное применение.

В праве большинства государств разработаны специальные правила, касающиеся механизма установления содержания норм иностранного права, которые во многом схожи.

В России иностранное право применяется правоприменительными органами *ex officio* и рассматривается именно как право, а не как факт. Предписания суду относиться к иностранному праву именно как праву императивно закреплены в законодательстве.

Правовые основания для установления содержания и применения иностранных правовых норм в России закреплены в ст. 1191 ГК РФ, ст. 166 СК РФ, ст. 14 АПК РФ. Согласно же ст. 104 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус в соответствии с российским законодательством и международными договорами также применяет нормы иностранного права, хотя при этом сам механизм установления отечественными нотариусами содержания норм иностранного права не закреплён.

Российский механизм установления содержания норм иностранного права предусматривает необходимость решения ряда вопросов материально-правового характера, а также следование рекомендуемой системе мер для определения содержания иностранных норм. В п. 1 ст. 1191 ГК РФ закреплены требования о том, что при применении норм иностранного права суд должен устанавливать содер-

жание его норм «в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве». Это сделать весьма затруднительно. При этом необходимо также учитывать и различное правосознание в странах «дальнего» и «ближнего» зарубежья. Фантастическим выглядит представление о том, что судья одного государства сможет действительно проникнуться правосознанием иностранного судьи и встать на его точку зрения.

Система рекомендуемых мер для установления содержания норм иностранного права (п. 2 ст. 1191 ГК РФ) предусматривает, что суд может обратиться в Министерство юстиции РФ, иные компетентные органы в РФ и за границей, привлечь экспертов. Российский суд может воспользоваться и помощью участвующих в деле лиц, которые могут оказать суду содействие в установлении содержания иностранного права. При этом содействие сторон — это их право, а не обязанность. Суд может возложить бремя доказывания содержания норм иностранного права судом на стороны, но только по спорам, связанным с предпринимательской деятельностью. Если же, несмотря на все предпринятые меры, содержание норм иностранного права в разумные сроки установить не удалось, суд применяет российское право (п. 3 ст. 1191 ГК РФ).

Необходимо иметь в виду, что ни одно из указанных в ст. 1191 ГК РФ средств установления содержания норм иностранного права не обладает приоритетом перед остальными, так как важное значение имеют обстоятельства, при которых они будут использоваться. Конкретные процедуры и их перечень правоприменитель устанавливает самостоятельно, учитывая обстоятельства конкретного дела. Это дает ему возможность использовать более рациональный путь поиска информации об иностранном праве. Думается, что это справедливо.

Указанные отечественные нормы об установлении содержания норм иностранного права характеризуются иногда как одни из наиболее удачных в российском международном частном праве. Однако, на наш взгляд, это не совсем так. Например, законодатель, предусмотрев право суда обращаться за содействием и разъяснением по вопросам установления содержания норм иностранного права в Министерство юстиции РФ и другие российские государственные органы, не закрепил соответствующей обязанности этих органов в предоставлении такого содействия и разъяснений. Поэтому на практике указанные органы зачастую не оказывают судам необходимой помощи в деле установления содержания норм иностранного права, запросы остаются без ответа либо Министерство юстиции отвечает, что запрашиваемой информацией оно не располагает.

Одной из серьезных причин такого положения, как полагаем, является отсутствие внятной регламентации порядка такого обращения. В этой связи представляется необходимым внести соответствующие дополнения в ГПК РФ и АПК РФ, регламентирующие эти вопросы.

Относительно возможности обращения российских судов в «компетентные органы и организации за границей» следует отметить, что в связи с отсутствием специального организационного и финансового обеспечения такой деятельности российских судов возможность таких мер носит в значительной степени декларативный характер.

Обращение за содействием и разъяснением в иные компетентные органы или организации в России — еще одно средство в руках правоприменителя для уста-

новления содержания норм иностранного права, предусмотренное законодательством, однако оно также не решает возникших вопросов. Так, например, в практике МКАС при ТПП РФ случаев успешного обращения в целях выяснения содержания норм иностранного права почти нет. Порядок таких же обращений в российские консульства и консульские учреждения иностранных государств на территории РФ отечественным законодательством не регламентирован.

Проблематично и привлечение экспертов для установления содержания норм иностранного права в силу того, что в российском законодательстве не указаны критерии, по которым лицо может быть экспертом в области иностранного права. Полагаем, что целесообразно принять предложение об урегулировании привлечения в этих целях отечественных и зарубежных специалистов (ученых, практиков) независимо от того, обладают ли они статусом адвоката, внеся соответствующие изменения в процессуальное законодательство.

Острота обозначенных проблем установления содержания норм иностранного права частично снимается нормами международных договоров. Важнейшим из них в этом плане является Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства (ETS № 62; Лондон, 7 июня 1968 г.) (далее — Конвенция). Однако механизм предоставления информации, закрепленный указанной Конвенцией, не является эффективным, что признается многими, в том числе зарубежными, авторами. Поэтому в целях совершенствования и расширения системы оказания международной помощи, установленной Конвенцией, был разработан и принят Дополнительный протокол к ней (ETS № 97) (Страсбург, 15 марта 1978 г.). Россия, к сожалению, пока не подписала и не ратифицировала этот документ, что целесообразно сделать для полноценного участия в процессе обмена информацией о праве с десятками других участников.

Российское законодательство предусматривает, что меры по установлению содержания норм иностранного права должны быть предприняты судом в «разумные сроки» (п. 3 ст. 1191 ГК РФ). Критерий «разумности сроков» является довольно абстрактным и не способствует заинтересованности судей в активном, скорейшем и плодотворном отыскании информации о содержании норм иностранного права. Дело в том, что при невозможности определить содержание норм иностранного права в «разумные сроки» подлежит применению российское право (п. 3 ст. 1191 ГК РФ). В таком решении рассматриваемой проблемы судья объективно заинтересован более всего. Как показывает практика, некоторые судьи зачастую стараются избегать применения иностранного права, используют различные приемы для того, чтобы применимым оказалось право суда — *lex fori*. Такая ситуация характерна не только для российской практики, аналогичная или похожая ситуация наблюдается и в развитых зарубежных судебных системах.

К недостаткам рассматриваемой нормы следует отнести и то, что она не закрепляет никаких критериев неустановления содержания норм иностранного права.

Проектом федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред., принятой ГД ФС РФ в 1-м чтении 27 апреля 2012 г.) (далее — Проект) предусмотрено в абз. 3 п. 2 ст. 1191 слова «бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено» заменить словами «обязанность по предоставлению

сведений о содержании норм иностранного права может быть возложена». В случае принятия предлагаемых изменений со сторон будет снято бремя доказывания, на них останется лишь обязанность предоставить сведения, на основании которых суд установит содержание норм иностранного права. Такой подход предполагает отношение к нормам иностранного права как к правилам поведения, которые суд должен устанавливать самостоятельно, что является правильным.

Проект, к сожалению, не предусматривает никаких иных перемен в традиционном механизме установления содержания норм иностранного права.

Полагаем, что определяя дальнейшие пути развития законодательства о международном частном праве, необходимо акцентировать внимание на закреплении в нем современных решений этой давнишней проблемы, реально облегчающих применение судом иностранного права. В статье ГК РФ решить указанную задачу объективно невозможно, потому что это комплексная проблема. Сделать это можно и нужно, как полагаем, в специальном федеральном законе о международном частном праве и международном процессе, потребность в котором с развитием международного гражданского оборота в России будет только расти.

А.М. Туфетулов,

д.э.н., профессор, зав. кафедрой налогов и права,
зам. директора по научной деятельности,

Институт экономики и финансов,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о юридическом значении Incoterms 2010

Инкотермс (*Incoterms*) 2010 стал для Международной торговой палаты (ИТЦ) восьмым изданием правил международных торговых терминов. Последние четыре редакции выходят с четкой периодичностью с интервалом 10 лет. Инкотермс 2010 введен в действие с 1 января 2011 г., использование этого международного документа позволяет в значительной степени сократить правовую неопределенность различной интеграции торговых терминов в различных странах. Правила Инкотермс являются ключевым элементом международных торговых контрактов, без которых современное осуществление международной торговли было бы менее эффективным.

В Инкотермс 2010 толкуются основные термины, которые используются при составлении международных торговых контрактов. Международные торговые термины представляют собой стандартные условия договора международной купли-продажи. Точное восприятие каждого термина, его влияния на контрактные, транспортные и страховые условия, т.е. правильное использование новых Правил Международной торговой палаты Инкотермс 2010 значительно упрощает процесс составления договора и позволяет избежать или по крайней мере в значительной степени сократить правовые и экономические риски.

Впервые правила Инкотермс были представлены Международной торговой палатой в 1936 г., что стало значительным нововведением в мировом торговом со-

обществе, первой реальной попыткой привести разрозненные национальные системы к общему знаменателю. С тех пор как правила Инкотермс были впервые представлены, они регулярно пересматриваются, для того чтобы отвечать современным требованиям в условиях ускоряющегося роста международной торговли и глобализации.

Новое издание Инкотермс 2010 наиболее полно и точно отражает торговую политику последнего десятилетия и содержит в себе ряд нововведений; рассмотрим основные из них.

Общее количество торговых терминов сокращено с 13 до 11, при этом два из них абсолютно новые: *DAT* (поставка на терминале), *DAP* (поставка в пункте), заменяющие термины *DDU* (поставка без оплаты пошлин), *DAF* (поставка на границе), *DEQ* (поставка с причала), *DES* (поставка с судна), которые в свою очередь исключены из текста правил; кроме того, введены дополнения к терминам *FOB*, *CFR* и *CIF*.

В новых правилах представлена новая структура терминов Инкотермс путем классификации на две группы: термины, используемые при перевозке любым видом транспорта, и термины, используемые при морской и внутренней водной перевозке (ранее в Инкотермс 2000 было предусмотрено четыре группы и по другому критерию).

Максимально возможно освещены вопросы безопасности грузов в новом сборнике, причем, что отрадно с учетом различия правовых систем мира. Большинство стран сейчас предъявляют высочайшие требования проверок безопасности. Новые правила вводят обязательство обеих сторон предоставлять всю необходимую информацию по запросу компетентных органов при проведении «таможенной очистки». В то время как предыдущая версия Инкотермс не предъявляла таких требований.

В Правилах четко предусмотрена правовая ответственность за обязанность по оплате хранения товара на терминале, например в ситуации, когда продавец должен организовать и оплатить доставку товаров до согласованного места (*CIP*, *CPT*, *CFR*, *CIF*, *DAT*, *DAP* и *DDP*), так как в некоторых случаях продавец также должен был платить терминалу за хранение, что создавало ситуацию двойной оплаты.

В Инкотермс 2010 предусмотрено использование ссылок на использование электронных записей в случае согласия сторон или когда это общепринято. Обязательства покупателя и продавца предоставлять контрактную документацию теперь могут быть в виде электронных документов; введением этого пункта *ICC* отражает свое понимание возрастающего объема использования электронной документации. Кроме того, предусмотрено страховое покрытие с учетом правок, внесенных в *Institute Cargo Clauses* (Институт лондонских страховщиков).

На титульной странице официального издания Инкотермс указано: для использования как в международной, так и во внутренней торговле.

Для торговых союзов и блоков, каковым является созданный Таможенный союз России, Белоруссии и Казахстана, новые правила станут проще для использования. Ожидается, что Инкотермс 2010 будет принят всеми участниками внешнеэкономической деятельности, тем не менее необходима большая работа, чтобы они адаптировались к этим изменениям и сделали необходимые поправки в типовых контрактах для точного выбора корректного термина для торгового контракта.

РАЗДЕЛ 3. СОВРЕМЕННОЕ РОССИЙСКОЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО И НАУЧНЫЕ ВОЗЗРЕНИЯ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

И.В. Дойников,
д. ю.н., профессор,
Московский городской университет управления
Правительства Москвы

Современный российский тип хозяйствования: некоторые теоретические проблемы

Содержание статьи определяется выдвинутым Президентом России в Послании (декабрь 2012 г.) требованием о восстановлении суверенитета России и ее лидерства. Если в Послании лидерство и суверенитет утверждаются в качестве стратегических целей, то как минимум признается и постулируется, что сейчас у нас нет ни того ни другого.

1. *Какой в России капитализм.* Вся международная правовая система, и международная система безопасности в том числе, формировались на основе суверенных государств. И ООН, и все ее структуры были сформированы именно как объединение суверенных государств. А теперь государства теряют свою привычную роль, утрачивают внешнеполитические позиции, международно-правовую субъектность и начинают вписываться в глобальную финансовую систему, где господствует частный капитал, и вообще в мировую экономику — на вторых, подчиненных ролях.

Россия, оставаясь «просто» государством — пусть даже с ядерным арсеналом, способным уничтожить все живое на Земле, и с правом вето в Совбезе ООН, — конкуренцию с транснациональными корпорациями неминуемо проиграет. Шанс выжить имеют сегодня не государства, а цивилизации.

Вписавшись в глобальную финансовую систему, используя доллар для расчетов не только вне, но и внутри страны, мы подписали себе, своей субъектности смертный приговор. Сегодня Россия как государство уже не может играть сильную роль в Организации Объединенных Наций, поскольку сама ООН как межгосударствен-

ная структура во многом выполняет волю ТНК, становится их внешнеполитическим инструментом.

На чем базируется сегодня экономика России? Понятно — на деньгах. Но рубль «привязан» не к реальному производству, не к реальному объему наших ресурсов, даже не к нашим планам производства-потребления товаров и услуг, а к американскому доллару. Вот поэтому валютный курс и «прыгает» за этим американским долларом. У России нет своей валюты, которая была при Советском Союзе, — у нас рубли выступают как второстепенные заменители американских долларов. И эта утрата страной самостоятельности в финансово-экономической сфере влечет за собой утрату самостоятельности и инициативы в политике, в обеспечении нашей безопасности.

Сейчас России нужно найти ответ на вызов со стороны транснационального крупного капитала, подмявшего под себя государственную мощь США, а через нее — и мощь большинства других стран мира. Государства как таковые уже не могут противостоять этим транснациональным структурам. Как результат, выход на мировую арену цивилизаций как культурно-исторических сверхобществ людей.

В 1869 г. наш выдающийся соотечественник Н.Я. Данилевский говорил: «На сцене театра мировой истории главными героями выступают не этносы и государства, а культурные исторические типы, которые в период расцвета становятся цивилизацией». И вот этот тезис Данилевского сегодня начинает работать¹.

2. *Переход к рыночной экономике по рецептам МВФ.* Выбор Россией стратегии перехода к рынку был сделан в конце 1991 г. в пользу навязанной определенными западными кругами концепции «шоковой терапии», представляющей собой радикальный вариант крайне либерального подхода к вопросу экономической политики².

Это модель ресурсно-сырьевой экономики, она характеризуется следующими чертами:

- интеграция в мировую капиталистическую систему в качестве зависимого (прежде всего в финансовом плане) от ее ядра элемента;
- сырьевая специализация;
- рост эксплуатации населения как местными господствующими группами, которые начинают жить по неместным, западным (буржуазным) стандартам потребления, так и иностранным капиталом (прежде всего через механизмы мирового рынка);
- резкое ухудшение положения основной массы населения в результате двойной эксплуатации и социальная поляризация, усугубление неравенства;
- отказ государства от главного правила русской власти — «учет и контроль», т.е. от ограничения государством аппетитов верхов в таком социуме, который создает небольшой по объему совокупный общественный (а следовательно, и прибавочный) продукт;
- участие государства в эксплуатации населения совместно с господствующими группами и иностранным капиталом, как следствие — олигархизация власти;

¹ См.: *Ивашов Л.* // Завтра. 2013. № 14.

² Подробнее см.: *Путь в XXI век: стратегические проблемы и перспективы российской экономики* / рук. акад. Д.С. Львов. М., 1999; *Стратегический ответ России на вызов нового времени* / под ред. Л.И. Абалкина. М., 2004; *Меньшиков С.* Анатомия российского капитализма. М., 2004.

— рост противоречия между сырьевой специализацией в мировой экономике и великодержавным статусом в мировой политике.

Переход к модели ресурсно-сырьевой экономики осуществлялся с помощью либеральной мифологии о новаторском характере и эффективности предпринимательства.

Одним из первых увидел, что «невидимая рука» позакрывала, обрекла на гибель все предприятия, которые не приносили быстрых денег, был Руслан Гринберг. Он еще в начале 1990-х годов доказывал, что сам по себе бизнес не в состоянии сформулировать долговременные национальные, общественные интересы, а тем более сам их воплощать в жизнь. Исходные посылы либерального фундаментализма, пришедшего в России на смену марксистскому, не всегда и не везде подтверждаются в жизни. Стремление к личному благу, к личному обогащению продуктивно «только при очень жестких ограничениях (институты и принципы), которых в нашей стране никогда не было». Отсюда и вывод: если у вас нет социокультурных механизмов, направляющих личный интерес в созидательное русло, то и рыночные реформы ничего вам не дадут, кроме хаоса и деморализации населения.

Руслан Гринберг и сегодня настаивает: «Нет ни одного случая, даже включая США, когда инновации создавались и реализовывались исключительно на основе частной инициативы». Напротив, без масштабной и комплексной государственной активности, особенно вначале, невозможна какая-либо модернизация¹.

Современный российский тип хозяйствования характеризуется «суженным» воспроизводством, приватизацией земельной и сырьевой ренты «правлящей элитой», низким уровнем оплаты труда и уравнильным характером пенсионного обеспечения, отсутствием амортизационной политики, где износ основных фондов ее промышленности достигает почти 80%, деиндустриализацией — высокотехнологичные производства с высокой прибавочной стоимостью, прежде всего советская «оборонка», практически уничтожены. Тотальным контролем олигархическими структурами российской экономикой, вывозом олигархами из страны значительной части прибыли и оборотных средств, ростом с 2002 по 2009 г. внешних обязательств корпораций более чем в 12 раз, с 24 до 294 млрд долл.²

Система предпринимательства имеет сложную структуру, включающую подсистемы различных сфер: производственное, коммерческое (торговое), финансовое предпринимательство, предпринимательство в сфере услуг³.

Наша буржуазия и ее чиновничья обслуга — нелепая пародия на европейский правящий класс. За 20 лет школы капитализма она так и не вышла из подготовительного класса, в котором главная дисциплина (по словам Г. Явлинского) — это «купи-продай». Настоящая европейская и американская буржуазия — это прежде всего созидательный класс. Современная западная цивилизация — результат ее активной работы. Она не паразитирует на халявной приватизации. Она строит заводы, поддерживает науку, создает новые технологии. И ради стабильности делится с обществом, платит налоги, создавая базу социальной стабильности.

¹ См.: Гринберг Руслан. Свобода и справедливость. Российские соблазны ложного выбора. М., 2012.

² См.: Кричевский Н., Иноземцев В. Постникалевская Россия: новая политэкономическая реальность // Известия. 2009. 17 августа.

³ См.: Энциклопедия рыночного хозяйства. Предпринимательский тип хозяйствования. М., 2002. С. 57–75.

Никто не скажет, что западные капиталисты ангелы. По-прежнему актуальны слова К. Маркса о том, что нет такого преступления, на которое не пошел бы капитал ради сверхприбыли. Но европейская буржуазия по крайней мере думает и о самосохранении, и о социальном равновесии. Наши же «яхтсмены» больше похожи на известного персонажа из учебника Дарвина об эволюции: уже научились откупоривать бутылку «Вдовы Клико», но выхаживать виноградник еще не могут. Да и не хотят¹.

Наша властная и олигархическая элита, по мнению президента Академии геополитических проблем Л. Ивашова, попала в подчиненное транснациональной олигархии и западным политическим силам положение.

В конце прошлого столетия родились новые войны, где военному вмешательству предшествует подчинение национальных элит.

В 2007 г. тот же Бжезинский объявил, что российские чиновники и предприниматели содержат в западных банках не менее 500 млрд долл. незаконно вывезенных из страны капиталов. И всякого рода экстрадиции и задержания российских политиков, бизнесменов, «шпионов» — все это напоминание нашей элите о ее зависимом положении².

3. *Характеристика современного частнопредпринимательского типа хозяйствования по оценкам Росстата.* За период 2000–2011 гг. ВВП России в реальном выражении (т.е. с учетом официального дефлятора) увеличился на 66,7%, а за период 2003–2011 гг. накопленный прирост едва дотянул до 41,3%. Мало того, что вопреки всем предвыборным обещаниям властей оказались сорваны планы по «удвоению ВВП», так еще и само качество наблюдаемого роста вызывает очень сильные опасения.

И здесь ситуация выглядит откровенно удручающей. Прежде всего в глаза бросается скачкообразный рост добавленной стоимости в финансовом секторе (в 4,38 раза), торговле автомобилями (в 2,6 раза), а также оптовой и розничной торговле (в 1,78 и 1,63 раза соответственно) за период 2003–2011 гг.

Также стремительный рост зафиксирован в сегменте операций с недвижимостью и в строительном секторе (прирост в 1,99 раза и в 1,58 раза соответственно), которые уже давно оказались оторваны от нужд 70% россиян, превратившись в весьма действенный инструмент легализации преступных доходов и инвестиционный актив для 5–10% наиболее состоятельных россиян.

При этом совершенно непонятно, о каком создании «добавленной стоимости» в сфере финансовых спекуляций и торговлопосреднических операциях в принципе может идти речь, — они не создают реального продукта, а выполняют исключительно посреднические функции. Их излишек (тем более столь колоссальный) является чистым убытком производственного сектора и отражает масштабы концентрации капитала в фиктивном секторе экономики.

На этом фоне прирост добавленной стоимости в сельском хозяйстве за рассматриваемые 9 лет едва дотянул до 21,5%, в производстве продуктов питания составил не более 30,9%, в производстве машин и оборудования — всего 6,7%, в выпуске электрических машин — 13,2%, а в производстве медицинских изделий прирост едва достиг 4,6%.

В текстильной промышленности, по итогам 2003–2011 гг., и вовсе зафиксирован спад добавленной стоимости на 39,4%, в лесном хозяйстве — на 15,8%, в производстве

¹ См.: Аргументы и факты. 2011. № 7 (1580).

² См.: Ивашов Л. НАТО... Кому оно надо? // Литературная газета. 2010. № 47–48 (6302).

электронных компонентов — на 17,1%, в выпуске судов и летательных аппаратов — на 41,1% и 24,0% соответственно, а в производстве мебели — как минимум на 0,4%.

Другими словами, одновременно с бурным расцветом финансовых спекуляций и торговли импортными товарами происходит стагнация в несырьевых отраслях высоких переделов, являющихся опорой «экономики знаний»¹.

В 1990-е годы российский рынок с мазохистским восторгом отдал иностранцам. Чтобы сформировалась национальная буржуазия, ей надо время и условия. Предприниматель должен иметь возможность научиться предпринимать. Особенно это относится к промышленной деятельности — вообще самому трудному виду предпринимательства, сравнительно с торговлей и финансовой деятельностью.

В результате у нас не сформировалась национальная буржуазия. Не по образу жизни буржуазия (с этим как раз все в порядке), а по месту в системе общественного разделения труда. Буржуазия — это класс, несущий тягло организации народного труда. Эту функцию может выполнять либо государство (как это было при советской власти), либо национальная буржуазия. Так что на эту нелегкую, по правде сказать, работу — организацию народного труда — есть в принципе только два кандидата: государство и буржуазия. Государство наше устранилось, буржуазия наша не сформировалась. Надо ли удивляться, что труда у нас почти что нет?

В заключение — два вывода.

Во-первых, российская буржуазия — мелкая, зашуганная и себя не осознающая. Российский предпринимательский класс очень плохо умеет предпринимать, незрел, ленив, неквалифицирован. Себя как класс со своими специфическими интересами не осознает.

Во-вторых, концепция предпринимательского права наряду с гражданским правом предназначена для обслуживания ресурсно-сырьевой модели экономики и теневого оборота российского квазипредпринимательства.

А.В. Михайлов,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Научные взгляды Г.Ф. Шершеневича и вопросы систематизации норм предпринимательского права

Г.Ф. Шершеневич справедливо считается одним из основоположников современной российской цивилистики. Его научные труды, основанные на точном понимании сущности институтов права и правовых конструкций, глубококом знании процессов развития законодательства, умении грамотно анализировать исторические источники, давно стали классическими. Вклад ученого в общую теорию права, в науку права гражданского огромен. И нельзя забывать, что Габриэль Фелик-

¹ Однако. 2012. № 40.

сович был одним из самых авторитетных специалистов в области права торгового. Именно поэтому для науки предпринимательского права чрезвычайно важно осмыслить взгляды, методы, приемы научного анализа Г.Ф. Шершеневича.

Традиционно принято считать Шершеневича противником дуализма частного права и сторонником единого гражданского права. Действительно, ученый считал, что «дуализм должен быть устранен, единство частного права должно быть достигнуто в том направлении, чтобы гражданский кодекс соответствовал своим содержанием и началами требованиям экономического оборота. Такое слияние гражданского и торгового права устранил теоретические несообразности и практические неудобства...»¹ Более того, часть учебника по торговому праву профессор специально посвятил критике авторов, защищающих дуализм частного права².

Характеризуя торговое право, Г.Ф. Шершеневич писал: «...как вид частного права торговое право соприкасается с гражданским правом. Взаимная связь обоих отделов частного права, естественно, самая тесная... С нашей точки зрения, торговое право, со стороны задач его изложения, есть совокупность норм частного права, общего или специального, имеющая применение к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей». Также было отмечено, что торговое право «не претендует на научную самостоятельность. Это не более, как монографическая разработка отдела гражданского права, вызванная практическим интересом». Однако ученый подчеркивал, что «разделен ли частноправовой материал между двумя кодексами или объединен в одном, торговое право выделится в преподавании и литературе»³.

Однако следует заметить, что Г.Ф. Шершеневич под торговым правом понимал совершенно не то правовое образование, которое именуют торговым правом сегодня. Тем более нет никаких оснований рассматривать современное предпринимательское право как торговое право конца XIX — начала XX в.

Так, прежде всего Г.Ф. Шершеневич различал публичное торговое и частное торговое право. Также отдельно выделялось международное торговое право, носящее смешанный характер. К публичному были отнесены государственное, административное, уголовное и финансовое торговое право. С определенными корректировками (в частности, при исключении явно несовременных положений о праве приезда ко двору, праве на мундир, на государственные звания) мы можем провести параллель между публичным торговым правом и вертикальными отношениями в современном российском предпринимательском праве. Именно частное торговое право было предметом научного анализа Г.Ф. Шершеневича, который, таким образом, совершенно не рассматривал публично-правовые составляющие торговли⁴.

Что же представляет собой частное торговое право в понимании Г.Ф. Шершеневича? Ученый писал, что «современная народно-хозяйственная организация представляет... систему частных хозяйств... Одни из этих хозяйств заняты извлечением из природы сырого материала... Другие ставят своей целью обработку материала для превращения его в блага, способные удовлетворить человеческим потребностям... Третьи имеют своей задачей перенести изготовленные к потреблению блага, товары от производителей к потребителям. Таким образом, хозяйственная деятельность развитого

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 82—83.

² См. там же. С. 84—87.

³ Там же. С. 47.

⁴ Там же. С. 43—44.

общества представляется тройкой — добывающей, обрабатывающей и передаточной»¹. И только деятельность последнего рода Г.Ф. Шершеневич в соответствии с традицией называл торговлей. Конечно, в его трудах постоянно подчеркивалось «историческое нарастание области применения торгового права», то, что «торговое право, зародившись в области торговой промышленности, захватило ныне всю обрабатывающую и готовится занять добывающую промышленность. Торговый оборот все более близится к слиянию с экономическим оборотом»². Однако констатация этого факта совершенно не говорит о том, что Г.Ф. Шершеневич понимал под торговым правом нормы, опосредующие экономический оборот. Напротив, отмечая тенденции «нарастания» торгового права, он писал о торговом праве преимущественно в узком смысле.

Разумеется, такое понимание торгового права плюс еще наряду с констатацией расширения последнего не могло не привести к вполне логичному выводу о необходимости устранения расхождений с правом гражданским и к отказу от дуализма частного права.

Торговое право в понимании Г.Ф. Шершеневича не тождественно ни современному торговому праву (большая часть ученых рассматривает его как нормы, регулирующие торговый оборот в целом), ни тем более современному предпринимательскому праву. Поэтому и использовать воззрения Г.Ф. Шершеневича для критики идей о самостоятельности предпринимательского права нужно с определенными оговорками. Тем более странно отказывать по этому основанию в обоснованности понимания предпринимательского права как комплексной отрасли права — во времена Г.Ф. Шершеневича еще не было представления о комплексных отраслях права. Конечно, можно сказать, что раз великий ученый не выделял таких отраслей, то и в современной науке к этому нет никаких оснований. Но жизнь не стоит на месте. Развитие общества, появление новых сфер правового регулирования, усложнение законодательной техники, увеличение объема норм приводят нас к мысли о необходимости поиска определенного места в правовой системе для новых (причем достаточно перспективных) образований — спортивного, медицинского, градостроительного права и т.п.³ В целом можно поддержать мнение Т.Г. Батровой о невозможности «безоговорочного апеллирования к доводам не только советских, но и русских ученых XIX — начала XX в., поскольку они выстраивались исходя из конкретно-исторической ситуации с учетом особенностей современного им законодательства»⁴.

Отметим, что Г.Ф. Шершеневич блестяще сформулировал основные отличительные черты торгового права. Это неприятие формализма; отсутствие иных средств борьбы кроме как экономических; предъявление особых (повышенных) требований к субъектам; ответственность независимо от вины; действие принципа возмездности; космополитический дух⁵. Все эти черты, без сомнения, присущи и современному предпринимательскому праву, для которого также должно найтись место в системе российского права.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. С. 32–33.

² Там же. С. 33.

³ О комплексных отраслях права давно говорили многие ученые (см.: Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. М., 1947. С. 188; Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 198–199; Халфина Р.О. Система советского права и перспективы ее развития // Советское государство и право. 1982. № 6. С. 90).

⁴ Батрова Т.А. Современные тенденции развития торгового права. М., 2011. С. 19.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. С. 47–50.

У Г.Ф. Шершеневича есть интересная мысль о том, что «область гражданского права определяется двумя данными: частными лицами как субъектами отношений и частным интересом как содержанием отношений»¹. Но в настоящее время сложно говорить о «чистом» частном праве, частноправовая материя практически всегда осложнена публичным элементом. Поэтому сейчас важно не просто выявлять частный интерес, не только обеспечивать его в договорных отношениях (что реально обеспечивает частное право), но добиваться баланса частных и публичных интересов. А подобное обеспечение средствами только частного права невозможно.

В целом обращение к наследию Г.Ф. Шершеневича не позволяет нам делать однозначные выводы о месте в правовой системе России предпринимательского права. Что касается организации норм соответствующего правового образования, — мысли ученого о нецелесообразности дуализма частного права вполне современны. Конечно, вряд ли на основании таких умозаключений однозначно можно сделать вывод о невозможности принятия, например, Предпринимательского кодекса. При разработке этого нормативного акта вполне можно уйти от дуализма частного права, кодифицировав лишь нормы, опосредующие «вертикальные» и «внутрифирменные» отношения в сфере действия предпринимательского права. А вот принимать кодекс по украинскому образцу² — с включением туда норм, регулирующих как частные, так и публичные отношения — вряд ли целесообразно. Конечно, пока вопрос принятия Предпринимательского кодекса далеко не самый актуальный. Но подобные параллели могут быть проведены и по отношению к законам, принятым в развитие ГК РФ, — сфера частного права в идеале должна быть представлена в одном общем кодифицированном акте, необходимо обеспечивать единообразное правовое регулирование.

СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА

В.К. Андреев,

д.ю.н., профессор,
зав. кафедрой гражданского права,
Российская академия правосудия,
заслуженный деятель науки РФ, академик РАЕН

Гражданин как лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность

Содержание правоспособности граждан, сформулированное в ст. 18 ГК РФ, включает не только способность иметь имущественные и личные неимущественные права, но и право заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельностью, создавать юридические лица самостоятельно или со-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 9–10.

² Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. 19–20, 21–22. Ст. 144; 2013. № 3. Ст. 23.

вместно с другими гражданами и юридическими лицами. Обогащенное понимание правоспособности граждан непосредственно вытекает из ст. 34 Конституции РФ, которая признает за каждым право заниматься предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельностью. Как и право избирать место жительства, право гражданина заниматься предпринимательской деятельностью предшествует его правовому положению как участника гражданского оборота, поскольку прежде чем совершать сделки и участвовать в обязательствах, необходимо осуществить предпринимательскую деятельность, получая прибыль от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг. Оно имеет иной характер, нежели имущественные и личные неимущественные права.

Обособление в ст. 2 (ч. 3 п. 1) ГК РФ отношений между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, или с их участием, от имущественных и личных неимущественных отношений, основанных на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников (ч. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ), со всей очевидностью свидетельствует о том, что законодатель в одном кодифицированном акте одновременно регулирует имущественные и личные неимущественные отношения и самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность. Насколько полно и точно в ГК РФ отражена специфика отношений, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, это другая проблема, и она не затрагивается в рамках настоящей статьи. В частности, спорным является помещение нормы о корпоративных отношениях в ч. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ, а не в ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ, поскольку корпоративные отношения складываются прежде всего в предпринимательских структурах.

Анализ рассмотренных статей ГК РФ показывает, что гражданская правоспособность граждан наряду со способностью иметь гражданские права и нести гражданские обязанности включает также право граждан заниматься предпринимательской деятельностью и создавать или участвовать в юридических лицах. Этот элемент гражданской правоспособности граждан отражает расширение предмета гражданско-правового регулирования и представляет собой относительно обособленную часть в содержании гражданской правоспособности граждан, которая проявляется как в занятии предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, так и в создании и участии в частных коммерческих организациях. Является ли участие граждан в частных коммерческих организациях (кроме хозяйственных товариществ) предпринимательской деятельностью?

В науке гражданского права игнорируется включение в содержание гражданской правоспособности права гражданина заниматься предпринимательской деятельностью, определяя его в дальнейшем как элемент дееспособности гражданина. Указывается, что одним из обязательных условий осуществления гражданами предпринимательской деятельности является государственная регистрация гражданина в качестве индивидуального предпринимателя. В отличие от юридического лица, которое для того, чтобы стать субъектом гражданского права, проходит процедуру государственной регистрации, гражданин уже является субъектом гражданского права¹. Процедура государственной регистрации гражданина, занимающегося предпринимательской деятельностью, превращает его в субъекта предпринима-

¹ Гражданское право: учебник / под ред. Ю.К. Толстого. Т. 1. М., 2013. С. 118 (автор — М.В. Кротов).

тельского права, на которого распространяются правила, регулирующие деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями. У гражданина возникает в соответствии с п. 3 ст. 49 ГК РФ правоспособность, возможность иметь гражданские права, соответствующие целям деятельности, предусмотренными в регистрационном свидетельстве, т.е. специальная гражданская правоспособность. В силу государственной регистрации право гражданина заниматься предпринимательской деятельностью приобретает самостоятельный, отличный от общей правоспособности гражданина характер, что означает ее тождественность правоспособности коммерческой организации. Не случайно, что в ГК РФ гражданина, осуществляющий предпринимательскую деятельность, употребляется как понятие, равнозначное коммерческой организации, что также вытекает из п. 2 ст. 23 ГК РФ. Поэтому государственную регистрацию гражданина в качестве индивидуального предпринимателя необходимо рассматривать в качестве юридического факта, который дополнительно порождает у него наряду с существующей общей правоспособностью правоспособность коммерческой организации, предпринимательскую правоспособность.

Как известно, несмотря на неоднократные предложения ученых, законодатель не рассматривает наряду с правоспособностью юридического лица его дееспособность. В п. 1 ст. 53 Проекта изменений ГК РФ предусматривается порядок образования и компетенция органов юридического лица, через которые последнее приобретает гражданские права и принимает на себя гражданские обязанности.

Пределы осуществления предпринимательской деятельности гражданина-предпринимателя очерчиваются свидетельством о государственной регистрации и лицензией, если осуществление такой деятельности требует разрешения соответствующих государственных органов. Поскольку предпринимательская деятельность носит рискованный характер, постольку целесообразно говорить не о дееспособности индивидуального предпринимателя, а о его компетенции.

Наличие долей, акций, паев у участников, акционеров, членов хозяйственных товариществ, обществ, партнерств и кооперативов создает условия для возникновения корпоративных отношений, т.е. для участия в этих юридических лицах и управлением ими. Статус гражданина, внесшего вклад в имущество частной коммерческой организации, преобразуется в участника, члена корпорации, приобретающего корпоративные права и обязанности по отношению соответствующего юридического лица, т.е. корпоративную правоспособность. Итак, гражданин, создавший с другими гражданами и юридическими лицами юридическое лицо или участвующий в нем, принимает участие в управлении корпоративной организацией совместно с другими гражданами и юридическими лицами, участниками, членами этой корпорации. В этих случаях элементы его общей гражданской правоспособности интегрируются в специальную правоспособность юридического лица. Юридическое лицо может иметь права, соответствующие целям деятельности, предусмотренной в его уставе (ст. 52 ГК РФ), и нести связанные с этой деятельностью обязанности (ч. 1 п. 1 ст. 49 Проекта изменений ГК РФ). Правоспособность юридического лица всегда является специальной по отношению к правоспособности гражданина. То, что частные коммерческие организации могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом, вовсе не свидетельствует о том,

что правоспособность юридического лица общая (ч. 2 п. 1 ст. 49 Проекта изменений ГК РФ). Эта норма лишь предусматривает возможность юридического лица иметь любые гражданские права и нести гражданские обязанности, соответствующие целям осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом.

В то же время следует отметить, что право гражданина заниматься предпринимательской деятельностью является специальной, поскольку это лишь один из элементов содержания общей правоспособности граждан. Другое дело, что перечень видов предпринимательской деятельности граждан довольно широк, но не безграничен. Содержание гражданской правоспособности определяется не перечнем видов осуществляемой предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельности, а юридико-общественным качеством этой правосубъектной категории, основанной на конституционном положении о свободе предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 8 и 34 Конституции РФ). Правоспособность частной коммерческой организации определяется целями ее деятельности, которые могут быть любыми, не запрещенными законом, за исключением правоспособности унитарных предприятий и иных видов организаций.

Элемент гражданской правоспособности в виде права заниматься предпринимательской деятельностью специально выделяется не только в содержании правоспособности, но и в гражданской дееспособности, т.е. способности гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их. Совершеннолетний гражданин не может быть ограничен в праве заниматься предпринимательской деятельностью иначе как в случаях и в порядке, установленных законом. При этом закон устанавливает специальные правила защиты гражданина-предпринимателя. В частности, в п. 2 ст. 22 ГК РФ предусмотрено, что несоблюдение установленных законом условий и порядка ограничения права граждан заниматься предпринимательской либо иной деятельностью влечет недействительность акта государственного или иного органа, устанавливающего соответствующее ограничение.

Приведенная норма закона исходит из того, что правовое положение гражданина-предпринимателя не ограничивается только характеристикой его гражданской дееспособности, а предполагает установление государственными и иными органами условий и порядка предпринимательской деятельности граждан, например лицензирование некоторых видов их деятельности. К такому выводу приводит также и норма п. 2 ст. 23 ГК РФ о том, что к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения. Этот юридико-технический прием в определенной мере сократил законодательный материал, но еще в большей степени он породил неопределенность в применении норм о коммерческих организациях к предпринимательской деятельности граждан, поскольку специальных норм о деятельности коммерческих организаций, кроме ст. 50 ГК РФ, нет. Более того, в коммерческих организациях, создаваемых гражданами и юридическими лицами, устанавливается компетенция органов юридического лица, индивидуальный же предприниматель обладает лишь дееспособностью, точнее сказать

компетенцией, поскольку дееспособность предполагает обычную, не учитывающую степень риска способность понимать значение своих действий и руководить ими.

Как известно, Г.Ф. Шершеневич рассматривал частное торговое право как «специальную часть гражданского права, которая в противоположность всем иным видам торгового права (он имел в виду публичное торговое право, международное торговое право. — В.А.) стремится обособиться в научном и законодательном отношении»¹. Проведенный анализ отношений, регулируемых ГК РФ как имущественные и личные неимущественные, и предпринимательской деятельности показывает, что действительно предпринимательское право в рамках действующего гражданского законодательства рассматривается как его специальная часть.

Р.Р. Ганиев,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Понятие и виды застройщика как субъекта предпринимательской деятельности

Градостроительное право представляет собой комплексную отрасль права, основным предметом правового регулирования которого являются градостроительные отношения. Особенностью градостроительных отношений является наличие специальных субъектов, правовой статус которых закреплён одновременно нормами гражданского и градостроительного законодательства. Одним из основных субъектов градостроительных отношений и в целом градостроительного права является застройщик.

Понятие застройщика закреплено в ст. 1 ГрК РФ, а также в ст. 2 Федерального закона от 30 декабря 2004 г. «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации». Исходя из данных определений, застройщиком могут быть прежде всего физические или юридические лица. Понятие физических лиц, как общих субъектов градостроительных отношений, закреплено в гл. 3 «Граждане (физические лица)» ГК РФ. Понятие и виды юридических лиц даются в гл. 4 «Юридические лица» ГК РФ.

В соответствии с указанными выше нормами градостроительного законодательства застройщик вправе на принадлежащем ему земельном участке осуществлять следующие виды предпринимательской деятельности:

- 1) строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства;
- 2) выполнение инженерных изысканий;
- 3) подготовку проектной документации для их строительства, реконструкции, капитального ремонта.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 28.

Соответственно, в зависимости от видов предпринимательской деятельности, которые праве осуществлять застройщик, можно выделять и виды застройщиков:

- 1) застройщик, осуществляющий строительство, реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства;
- 2) застройщик, осуществляющий инженерные изыскания;
- 3) застройщик, осуществляющий подготовку проектной документации для их строительства, реконструкции, капитального ремонта.

Указанные виды предпринимательской деятельности застройщик вправе осуществлять самостоятельно либо с привлечением третьих лиц на основе договоров.

Рассмотрим подробнее особенности правового статуса застройщика в зависимости от осуществляемых им видов предпринимательской деятельности.

1. Застройщик, самостоятельно осуществляющий строительство, реконструкцию и капитальный ремонт объектов капитального строительства, без привлечения третьих лиц, именуется в договорных отношениях «застройщик — заказчик — подрядчик». В этом случае не возникает необходимости заключения договора строительного подряда. Данное правило закреплено также в п. 3 ст. 52 ГрК РФ.

Заметим, что с января 2009 г. в Российской Федерации прекращено лицензирование строительной деятельности, а также деятельности по проектированию и осуществлению инженерных изысканий. Вместо этого с 1 января 2010 г. появилась необходимость получения в СРО соответствующих свидетельств о допуске на виды работ по инженерным изысканиям, по подготовке проектной документации, по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства. Перечень видов работ по инженерным изысканиям, по подготовке проектной документации, по строительству, реконструкции, капитальному ремонту объектов капитального строительства, которые оказывают влияние на безопасность объектов капитального строительства, утвержден приказом Министерства регионального развития РФ от 30 декабря 2009 г. № 624.

Строительство, реконструкция и капитальный ремонт объектов капитального строительства, выполняемые застройщиком с привлечением третьих лиц, осуществляются на основании договора строительного подряда (ст. 740–757 ГК РФ). В этом случае субъектами предпринимательской деятельности выступают, с одной стороны, застройщик, который выполняет функции заказчика, а с другой — подрядчик. Поэтому в договорных отношениях такой субъект предпринимательских отношений часто именуется «застройщик-заказчик».

На практике «застройщик-заказчик» не всегда способен профессионально дать и (или) сформулировать соответствующее задание для подрядчика. В этом случае «застройщик-заказчик» вправе привлечь физическое или юридическое лицо, которое на основе отдельного договора может выполнять функции технического заказчика. Понятие «технический заказчик» закреплено в п. 22 ГрК РФ. Указанный пункт появился в связи с внесением изменений и дополнений в ГрК РФ на основании Федерального закона № 337-ФЗ (2011 г.). Застройщик, самостоятельно осуществляющий функции технического заказчика, именуется в договорных отношениях «застройщик — технический заказчик».

2. Застройщик, самостоятельно осуществляющий инженерные изыскания, именуется в договорных отношениях «застройщик-изыскатель». Понятие и виды

инженерных изысканий закреплены п. 15 ст. 1 ГрК РФ и Постановлением Правительства РФ от 19 января 2006 г. № 20. В соответствии с нормами гражданского законодательства под изыскателем следует понимать лицо, которое по договору подряда на выполнение изыскательских работ обязано по заданию заказчика выполнить изыскательские работы (ст. 758–762 ГК РФ). В соответствии же с нормами законодательства о градостроительной деятельности под лицами, выполняющими инженерные изыскания, следует понимать застройщика либо привлекаемое на основании договора застройщиком или техническим заказчиком физическое или юридическое лицо, имеющими выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ (ст. 47 ГрК РФ).

Инженерные изыскания, выполняемые застройщиком с привлечением третьих лиц, осуществляются на основании договоров подряда на осуществление инженерных изысканий (ст. 758–762 ГК РФ). В этом случае субъектами предпринимательской деятельности выступают, с одной стороны, застройщик, который выполняет функции заказчика, а с другой — изыскатель. Поэтому в договорных отношениях такой субъект предпринимательских отношений также именуется «застройщик-заказчик».

3. Застройщик, самостоятельно осуществляющий подготовку проектной документации, именуется в договорных отношениях «застройщик-проектировщик». В соответствии с нормами гражданского законодательства под проектировщиком следует понимать лицо, которое по договору подряда на выполнение проектных работ обязано по заданию заказчика разработать техническую документацию (ст. 758–762 ГК РФ). В соответствии же с нормами законодательства о градостроительной деятельности под лицом, осуществляющим подготовку проектной документации, следует понимать застройщика либо привлекаемое застройщиком или техническим заказчиком на основании договора физическое или юридическое лицо, имеющее выданные саморегулируемой организацией свидетельства о допуске к таким видам работ (ст. 48 ГрК РФ).

Заметим также, что застройщик вправе выступать в качестве заказчика по договорам подряда на выполнение проектных работ. В таком случае в качестве самостоятельного субъекта градостроительных отношений помимо застройщика может выступать проектировщик, со всеми правами и обязанностями, закрепленными ст. 758–762 ГК РФ, ст. 48 ГрК РФ и Федеральным законом от 17 ноября 1995 г. № 169-ФЗ «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации».

На основе изложенного выше можно сделать следующие выводы.

В зависимости от видов предпринимательской деятельности, осуществляемой застройщиком, можно выделить и основные виды застройщиков:

- 1) застройщик, осуществляющий строительство реконструкцию, капитальный ремонт объектов капитального строительства;
- 2) застройщик, осуществляющий инженерные изыскания;
- 3) застройщик, осуществляющий подготовку проектной документации для их строительства, реконструкции, капитального ремонта.

Застройщик как субъект предпринимательской деятельности может именоваться в договорных отношениях:

- а) «застройщик — заказчик — подрядчик» — когда застройщик самостоятельно осуществляет строительство, реконструкцию и капитальный ремонт объектов капитального строительства, без привлечения третьих лиц;

б) «застройщик — технический заказчик» — когда застройщик самостоятельно осуществляет функции технического заказчика, без привлечения третьих лиц;

в) «застройщик-изыскатель» — когда застройщик самостоятельно осуществляет инженерные изыскания, без привлечения третьих лиц;

г) «застройщик-проектировщик» — когда застройщик самостоятельно осуществляет подготовку проектной документации, без привлечения третьих лиц;

д) «застройщик-заказчик» — когда застройщик привлекает третьих лиц на основе договоров подряда.

В каждом конкретном случае правовой статус застройщика закрепляется одновременно нормами гражданского и градостроительного права.

А.Г. Демиева,

к.ю.н., ст. преподаватель

кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о квалификации предпринимательской деятельности граждан

За последние десятилетие в Российской Федерации широкое распространение получило предпринимательство без образования юридического лица. Индивидуальное предпринимательство является наиболее подходящей формой организации бизнеса на начальной стадии.

Однако, несмотря на достаточно длительный период существования предпринимательской деятельности граждан, в российском законодательстве и правовой науке остается еще много нерешенных актуальных проблем, касающихся ее квалификации.

Изначально предпринимателями называли предприимчивых людей, действующих на рынке, или просто инициативных, азартных людей, склонных к рискованным операциям. В дальнейшем к предпринимательству стали относить любую деятельность, направленную на увеличение прибыли и не запрещенную законом. Современное предпринимательство получило развитие со становлением рыночных отношений.

В настоящее время предприниматель — это тот, кто имеет целью получение прибыли сверх среднего уровня путем наиболее полного удовлетворения потребностей на основе реализации собственных знаний, навыков, прогнозов. Тот, кто стремится совершить некий прорыв в какой-либо сфере экономической деятельности: в создании новой продукции или технологии, в производстве или маркетинге. Предприниматель является управленцем, действует самостоятельно, в результате чего получает определенную независимость.

Раскрывая вопрос о проблеме квалификации предпринимательской деятельности граждан, необходимо обратиться к понятию предпринимательской деятельности, данным ГК РФ.

Предпринимательская деятельность — это самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользо-

вания имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке (ст. 2 ГК РФ).

Анализ легального понятия позволяет выделить следующие его признаки.

Первым является самостоятельный характер предпринимательской деятельности. Ранее Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности» определял данную деятельность как свободную. Самостоятельность предпринимательской деятельности отражает волю предпринимателя, деятельность независимо от каких-либо органов публичной власти, организуя ее по своему усмотрению, в своих интересах.

Предпринимательская деятельность — это деятельность, осуществляемая на свой риск. О предпринимательском риске упоминается в гл. 48 ГК РФ «Страхование». Возникновение риска следует рассматривать как юридический факт, который изменяет или прекращает существующее правоотношение.

Направленность на систематическое получение прибыли. Проблема определения прибыли, получаемой от предпринимательской деятельности, имеет не только юридическое, но и экономическое содержание. Получение прибыли в соответствии с налоговым законодательством, влечет необходимость уплаты соответствующего налога. В свою очередь это предполагает такие публичные обременения, как необходимость учета имущества и документальное оформление движения объектов права от субъекта к субъекту. Поэтому получение прибыли имеет межотраслевую природу.

Закон связывает необходимость регистрации физического лица в качестве индивидуального предпринимателя с осуществлением им деятельности особого рода, а не просто с совершением возмездных сделок. Самого по себе факта совершения гражданином сделок на возмездной основе для признания гражданина предпринимателем недостаточно, если совершаемые им сделки не образуют деятельности.

Предпринимательская деятельность — это деятельность, связанная с пользованием имуществом, продажей товаров, выполнением работ или оказанием услуг. Этот признак характеризует объективную сторону предпринимательской деятельности именно как совокупности действий. Однако он сформулирован гражданским законодательством весьма неудачно.

Легализованный характер предпринимательской деятельности. Следует учитывать то, что данный признак является формальным, так как отражает лишь внешнюю сторону предпринимательской деятельности, а не определяет ее суть.

С позиции публичного права государственная регистрация является обязательным признаком предпринимательской деятельности, поскольку это первоначальный этап становления статуса предпринимателя, так как субъектами предпринимательства могут быть лица, зарегистрированные в установленном законом порядке, т.е. приобретшие соответствующий гражданско-правовой статус. Что подтверждается судебной практикой.

С точки зрения частного права первостепенной является воля лица, изъявившего желание заниматься предпринимательской деятельностью. А государственная регистрация — это акт уполномоченного органа государственной власти, призванный лишь подтвердить самостоятельную инициативу субъекта правоотношений¹.

¹ См.: Демиева А.Г. Система правовых средств обеспечения предпринимательской деятельности без образования юридического лица: дис. ... к.ю.н. Казань, 2008. С. 27–28.

С одной стороны, признаки предпринимательской деятельности, содержащиеся в ст. 2 ГК РФ, дают возможность разграничить ее с иной экономической деятельностью, однако, с другой стороны, на практике все не так однозначно.

В течение года почти каждый гражданин заключает несколько гражданско-правовых сделок с целью получения прибыли. Как правило, доход выражается в незначительных суммах, которые один гражданин выплачивает другому сразу по окончании работ наличными. Если требования о регистрации понимать буквально, то необходимо сразу и заранее все дееспособное население зарегистрировать как предпринимателей и обязать вести учет. Последствия такого допущения очевидны: с одной стороны, теряется смысл гипертрофированного понятия «предприниматель», отождествляемого с гражданином (или наоборот); с другой стороны, норма закона не обеспечивается практической возможностью ее реализации. При этом врач-стоматолог, систематически оказывающий в свободное время медицинскую помощь больным; адвокат, консультирующий за плату обратившихся к нему лиц, репетитор, помогающий освоить за определенную плату школьные дисциплины, являются предпринимателями, по смыслу гражданского законодательства, со всеми вытекающими отсюда правовыми и нравственными последствиями.

В связи с этим хотелось бы упомянуть признак профессионализма в деятельности предпринимателя. Такой признак упоминается в законодательстве Франции (ст. 1 Французского торгового кодекса), Германии (§ 1 Германского торгового уложения) и ряда других стран.

Стоит отметить, что русские дореволюционные авторы также выделяли намерение вести торговлю как промысел. Так, Г.Ф. Шершеневич писал, что купцом, с точки зрения торгового права, признается тот, кто занимается производством торговых сделок в виде промысла от своего имени. Для признания лица купцом нет необходимости ожидать, чтобы лицо это совершило ряд торговых сделок: достаточно одного действия, если это лицо обнаруживает намерение вести торговлю, открывающую промысел. При этом не всякий промысел делает занимающегося им купцом. Необходимо, чтобы лицо это совершало торговые сделки как предмет промысла¹.

Это не означает, что не бывает некомпетентных, непрофессиональных предпринимателей. Здесь нужно отметить, что профессионализм — это условный признак, который призван нести иную нагрузку. Интересно в этом плане определение ст. 2-104 Единообразного торгового кодекса США: «Коммерсант — это тот, кто совершает операции с товарами определенного рода или каким-либо другим образом по роду своих занятий ведет себя так, как будто он обладает особыми знаниями или опытом в отношении операций и товаров, являющихся предметом сделки, а также тот, кто может рассматриваться как обладающий такими знаниями или опытом вследствие того, что он использует услуги агента, брокера или иного посредника, который ведет себя так, как будто он обладает такими знаниями и опытом».

Признак профессионализма не имеет существенного юридического значения для квалификации объекта правового регулирования предпринимательской деятельности. Кроме того, успех этой деятельности напрямую не связан с определенным образованием, аттестацией, зачастую это зависит от условий рынка, опыта предпринимателя или так называемой «коммерческой жилки». Однако сам гра-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. 9-е изд., 2-е посмертн. М., 1919.

жданин-предприниматель должен открыто относиться к объекту своей деятельности как профессионал, специалист.

Л.А. Сунгатуллина,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича об объединениях лиц в гражданском праве и современные проблемы оптимизации правового режима участников саморегулируемых организаций

С древнейших времен эффективность правового регулирования во многом зависела от наличия удобных, отвечающих требованиям времени юридических конструкций. Четкость терминов и соответствие механизма правового регулирования современному уровню развития общества, экономическим и социальным реалиям, наверное, один из ключевых смыслов развития юридической науки.

Так, на определенном этапе развития общества появилась необходимость обособить личность и имущество гражданина от имущества некоего юридического образования, объединения граждан. Появлению объединений граждан мы обязаны римскому частному праву, хотя термин «юридическое лицо» появился позже, в германском праве.

На протяжении многих веков велись в научном мире ожесточенные дискуссии о правовой природе юридических лиц. Живя в современном мире, сложно представить, что под сомнение можно поставить существование юридического лица как субъекта права, а также эффективность существования данной правовой конструкции.

И во многом современному пониманию сути правовой природы юридического лица мы обязаны профессору Г.Ф. Шершеневичу, который обобщил основные существующие в то время теории и определил юридическое лицо как все то, что, не будучи физическим лицом, признается со стороны объективного права способным ввиду определенной цели быть субъектом права¹.

Профессор Г.Ф. Шершеневич разработал несколько классификаций юридических лиц своего времени. В частности, юридические лица могут быть разделены на соединения лиц и на учреждения. Подобные основания классификации заложены в основу деления юридических лиц на корпоративные и унитарные, предложенного современной Концепцией развития гражданского законодательства РФ². Соединения лиц Г.Ф. Шершеневич подразделяет на общества и товарищества, главное различие которых состоит, подобно современным коммерческим и не-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1 // http://www.sud09.ru/bibliot/Elib/content_sher06.htm

² См.: Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

коммерческим организациям, в том, является ли извлечение прибыли основной целью их деятельности.

Проблемы, поставленные Г.Ф. Шершеневичем более 100 лет назад, переключаются в той или иной степени с современными проблемами и вопросами. На современном этапе развития общества вопрос эффективности экономического и социального развития во многом зависит от поиска идеальной модели управления, в том числе всеми, созданными за долгие века существования права, правовыми конструкциями.

В результате многовекового поиска баланса между государственным контролем и самоуправлением появился новый субъект права — саморегулируемые организации. Необходимо отметить, что подобного рода организации встречаются в правовой реальности разных стран со времен римского права. Так, в результате хозяйственного и общественного развития возникла мысль о принудительном вовлечении людей в профессиональные объединения. Это были профессиональные корпорации ремесленников, работников и торговцев, которым были переданы некоторые прерогативы общественной власти. Позже схожими функциями обладали и средневековые цеха, и совместные поселения ремесленников в Древней Руси, и, конечно, деятельность товарных бирж, которые не без основания могут быть названы прототипом современных саморегулируемых организаций.

По словам Г.Ф. Шершеневича, «все, что касается устройства и порядка биржевых собраний, удобства и правильности биржевых сделок, назначение часа открытия биржевых собраний, как в обыкновенные, так и курсовые дни, а также некоторые другие вопросы предоставляется разрешать самим биржевым обществам... Кажется небезосновательным причисление русских бирж к самоуправляющимся учреждениям»¹.

Одной из наиболее важных целей и смыслом саморегулирования можно назвать установление самими участниками предпринимательской и профессиональной деятельности стандартов и правил деятельности. Во многих сферах экономики предоставление подобного рода свободы является гораздо более эффективным средством установления высокого качества производимых товаров, работ и услуг. Во всех развитых странах членство в саморегулируемой организации является гарантией качества и положительным дополнением к сложившейся деловой репутации субъекта рынка, поскольку СРО часто предъявляют повышенные требования к своим членам.

Вступление в СРО обычно предполагает наложение на субъекта дополнительных обязанностей для более качественного осуществления им предпринимательской или профессиональной деятельности. Таким образом, с одной стороны, саморегулирование — отход от государственного контроля и предоставление свободы участникам предпринимательской и профессиональной деятельности, с другой — установление порой более жестких правил и требований. С одной стороны — предоставление права, с другой — ограничения для участников СРО.

Упорядочение и совершенствование механизма саморегулирования непосредственно связаны с использованием гражданско-правовых средств регулирования,

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2 // <http://www.nchti.ru/phocadownload/Right/ClassicOfRussianCivilistic/Elib/963.html>

прежде всего корпоративных. Однако (в этом проявляется комплексный характер предпринимательского права) многие вопросы создания и функционирования СРО лежат в сфере действия публичного права.

Очевидно, что правовой режим участников саморегулируемых организаций отличается сложным и во многом противоречивым характером.

Эти противоречия легко прослеживаются уже на уровне вступления в подобные организации. Так, в соответствии с Федеральным законом «О саморегулируемых организациях» (далее — Закон о СРО) членство участников СРО является добровольным. Однако Закон тут же устанавливает и исключения для сфер, имеющих большую публичную значимость, обязывая вступать в некоторые виды саморегулируемых организаций (п. 1, 2 ст. 5 Закона о СРО).

Правовой режим участников СРО явно нуждается в оптимизации для успешного выполнения функций и задач саморегулирования и саморегулируемых организаций.

В частности, в совершенствовании нуждаются нормы об организационно-правовой форме СРО. Также спорным и неурегулированным остается вопрос по поводу важнейшей составляющей деятельности СРО — ее имущества и его распределения между участниками организации.

Обязанностью всех участников СРО является уплата некоторых обязательных взносов, в частности взноса в компенсационный фонд СРО. Наряду со страхованием имущественной ответственности членов СРО компенсационный фонд является важнейшей основой и гарантией деятельности и эффективности СРО, защитой контрагентов участников СРО от различного рода нарушений и неисполнения обязательств.

Большие вопросы возникают по поводу возврата взносов, уплаченных в компенсационный фонд, при выходе из СРО ее участника.

Общие правила Закона о СРО устанавливают запрет на любые выплаты из компенсационного фонда СРО. С одной стороны, это гарантия и защита интересов кредиторов. Но, с другой стороны, это нарушение прав участников СРО.

Неурегулированным также остается вопрос о судьбе имущества СРО при прекращении ее деятельности или при прекращении деятельности участника СРО.

Четкие положения отсутствуют и в Законе о СРО, и в специальных законах об отдельных сферах профессиональной и предпринимательской деятельности, участники которых могут или должны быть членами СРО.

Некоторую ясность в данном вопросе для сферы строительства имеют положения ГрК РФ, а также Письмо Комитета по строительству и земельным отношениям ГД ФС РФ «О реорганизации членов саморегулируемых организаций»¹. Однако всех проблем указанные нормативные акты, конечно, не решают.

Одним из важнейших факторов эффективного развития и функционирования саморегулирования в нашей стране является совершенствование правового режима участников саморегулируемых организаций. По словам профессора Г.Ф. Шершеневича, юридическое отношение предполагает двух субъектов, активного и пассивного, как представителей права и обязанности. Поэтому невозможно отношение, в котором существовала бы одна обязанность без соответствующего права².

¹ Бюллетень Национального объединения строителей. 2011. № 9.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1 // http://www.sud09.ru/bibliot/Elib/content_sher06.htm

И для развития саморегулирования в нашей стране необходимо, чтобы в правовом режиме участников СРО находилось место для сбалансированного расположения и прав, и обязанностей. Развитие саморегулирования – современная тенденция, требование нашего времени. Очень важно, чтобы это явление достигло своих положительных по своей сути целей и задач.

Р.В. Чикулаев,

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный исследовательский университет

Правовое положение финансовой организации в обновленном законодательстве о защите конкуренции на рынке ценных бумаг

Отказ от монорегулирования защиты конкуренции на финансовых рынках привел к необходимости восполнения правового вакуума. Принятые в недавнее время законы решают эту проблему путем введения нового понятия – «финансовая организация». Вместе с тем это же понятие используется в иных нормативных актах по финансовому рынку, что вносит неопределенность в субъектный состав отношений.

Финансовую организацию нельзя не признать участником системы правоотношений уже в силу прямого указания в законе, т.е. с легально-позитивных позиций. Главной характеристикой является ярко выраженный собирательно-обобщающий характер субъекта, так как под одним и тем же понятием «финансовая организация» законодатель подразумевает *три различных* субъекта, по-разному раскрывая их существо в трех различных нормативных актах. Сам по себе такой факт чрезмерного обобщения приводит к размыванию содержания и потере значимости легальных понятий. Мы отмечаем это как существенный *недостаток* системы правового регулирования не только субъектных, но и всей системы отношений оборота ценных бумаг. В современных условиях содержание этого субъектообразующего понятия таково. Конструкция понятия имеет чисто *суммативный принцип*: оно составляется из совокупности других субъектов.

1. На основе норм Федерального закона «О защите конкуренции» финансовую организацию можно аналитически определить следующим образом. Это хозяйствующий субъект, т.е. юридическое лицо любой организационно-правовой формы, оказывающее финансовые услуги, т.е. любую из перечня таких услуг, предусмотренных законом (а именно – банковская, страховая, в сфере рынка ценных бумаг, по привлечению или размещению денежных средств). Характерно, однако, что закон здесь же устанавливает состав возможных лиц, которые могут включаться в обобщенную правовую категорию «финансовой организации» по принципу *numerus clausus*, перечисляя их закрытым перечнем, который можно представить сгруппировав субъекты по характеру их правоспособности: 1) кредитные организации, 2) микрофинансовые организации, 3) кредитные потребительские кооперативы, 4) субъекты страховой деятельности, 5) субъекты биржевой деятельности,

6) ломбарды, 7) лизинговые компании, 8) субъекты негосударственного пенсионного обеспечения, 9) субъекты сферы деятельности инвестиционных фондов, 10) профессиональные участники рынка ценных бумаг.

Таким образом, закон использует *двойкий подход* к определению субъектного состава, формирующего категорию «финансовой организации»: *одновременно* через характеристику *видов* деятельности и путем *numerus clausus*, что вряд ли можно признать правильным с формально-логических позиций. При этом общее количество всех возможных отдельных субъектов, которые можно включить в эту категорию с позиций действующего на настоящий момент законодательства, составляет 25 лиц, обладающих статусом юридического лица. Из них субъектами рынка ценных бумаг можно признать 21 субъект. При этом четыре субъекта (микрофинансовые организации, потребительские кооперативы, ломбарды и лизинговые компании) не рассматриваются как субъекты оборота ценных бумаг в принципе. Заметим, что закон «забыл» упомянуть таких важнейших участников отношений, как *акционерный инвестиционный фонд, организатор торговли и клиринговая организация*. И если в отношении двух последних объяснение можно найти в том, что в Федеральный закон «О защите конкуренции» просто не были внесены изменения, связанные с новым законодательством о клиринге и организованных торгах, то в части «акционерного инвестиционного фонда», предусмотренного законом с 2001 г., мы имеем дело с *серьезным упущением законодателя*. Получается, что *большинство* из субъектов все же относятся к сфере оборота ценных бумаг.

2. Анализ норм Федерального закона «Об организованных торгах» позволяет выявить следующее содержание понятия «финансовая организация». Закон определяет это понятие не через характер деятельности или правовую форму, а только лишь *суммативным* путем с использованием принципа *numerus clausus*, включая: 1) профессиональных участников рынка ценных бумаг, 2) клиринговые организации, 3) управляющие компании инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов, 4) специализированные депозитарии инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов, 5) акционерные инвестиционные фонды, 6) кредитные организации (банки и небанковские кредитные организации), 7) страховые организации, 8) негосударственные пенсионные фонды, 9) организаторов торговли.

Исходя из такого определения, общее число субъектов в форме юридического лица¹, имеющих специальную правоспособность, составляет 17, т.е. рассматриваемое под п. 2 понятие «финансовая организация» более узко, чем рассмотренное под п. 1. В него, в частности, не включены микрофинансовые организации, кредитные потребительские кооперативы, ломбарды, лизинговые компании, страховые брокеры, общества взаимного страхования, валютные биржи, т.е. как раз те субъекты, которые *в наименьшей степени* имеют отношение к обороту ценных бумаг.

3. Позиция, выраженная в Федеральном законе «О клиринге и клиринговой деятельности», сходна с позицией, отраженной в Федеральном законе «Об органи-

¹ Здесь и далее при анализе категории «финансовая организация» мы, исходя из принципов позитивного права, не включаем в нее условный субъект — «паевой инвестиционный фонд».

зованных торгах», что объясняется близким периодом принятия законов, а также сходством регулируемых отношений. Но при полном омонимическом совпадении эти понятия являются *разными* по объему. Так третье по счету понятие «финансовой организации» включает в себя: 1) профессиональных участников рынка ценных бумаг, 2) клиринговые организации, 3) управляющие компании инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда и негосударственного пенсионного фонда, 4) специализированные депозитарии инвестиционного фонда, паевого инвестиционного фонда и негосударственного пенсионного фонда, 5) акционерные инвестиционные фонды, 6) кредитные организации, 7) страховые организации, 8) негосударственные пенсионные фонды, 9) валютные биржи, 10) товарные биржи. Всего — 18 лиц, большинство из которых являются специализированными участниками оборота ценных бумаг. По сравнению с понятием, раскрытым в п. 2, к числу «финансовых организаций» не отнесены организаторы торговли, но вместо этого почему-то указаны валютная и товарная биржи. Заметим, что отсутствие такого лица, как «торговая система», равно как и указание на «товарные и валютные биржи», видится абсолютно *необоснованным* хотя бы с учетом того, что такие понятия не только утрачивают свое значение с 1 января 2014 г., но и вообще никогда *не были предусмотрены* базовым законом о биржах — «О товарных биржах и биржевой торговле».

Сделаем краткие выводы. Понятие «финансовая организация», закрепленное в трех современных законах и в каждом из них имеющее свое особое значение, безусловно, требует корректировки. Необходимо решить вопрос о *целесообразности* сохранения такого понятия вообще в силу его *крайне широкого* объема и затруднительного выделения *общих признаков* у тех субъектов, которые оно объединяет. Если такое понятие и имеет право на существование, оно должно относиться сугубо к сфере *антимонопольного* регулирования финансовых рынков. В более частных законах, регулирующих вопросы клиринга и организованной торговли, указание на соответствующие предметы вполне можно достичь иными доступными средствами юридической техники, не используя расширительных определений.

Само название «финансовая организация» *не выглядит удачным* в силу того, что экономическое понятие «финансы» подразумевает систему общественных отношений по формированию и перераспределению денежных фондов, а юридически понятие закреплено различным образом, но преимущественно в сходном, публично-бюджетном значении.

Так, в понимании финансового права «финансы — одна из экономических категорий, развитие которой связано с товарно-денежными отношениями и существованием государства, использующего эту категорию для выполнения своих задач...»¹

Понятие «финансы» применимо и к отдельным юридическим лицам, но оно является универсальным, так как внутренние финансовые отношения характерны для любой организации. Поэтому понятие «финансовая организация» лишено достаточного *смысла*. Таким образом, «финансовая организация» в современных условиях может быть охарактеризована как юридически неопределенный субъект

¹ Финансовое право / отв. ред. Н.И. Химичева. М., 2004. С. 5–8.

с неустойчивой правоспособностью, вступающий в отношения узкого круга в отдельных установленных законом случаях.

НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО)

В.В. Бельченко,
управляющий директор
ООО «Лаборатория Богатикова — Корпорация права»

Сохранность предмета залога при банкротстве залогодателя

Практическая значимость проблемы сохранности предмета залога обусловлена тем очевидным фактом, что возможность удовлетворения требований залогодержателя за счет его реализации в большинстве случаев сохраняется лишь до тех пор, пока предмет залога существует физически.

Принципиально важным для формирования правильного подхода к разрешению указанной проблемы является разъяснение, изложенное в п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58, согласно которому с открытием конкурсного производства залоговые правоотношения не прекращаются. По логике ВАС РФ положения Закона о банкротстве хотя и являются специальными по отношению к правилам, установленным законодательством о залоге, но не изменяют сущность залоговых отношений, а лишь ограничивают полномочия залогодержателя в той степени, в которой это необходимо для достижения целей процедур банкротства и соблюдения прав других кредиторов.

Из Постановления № 58 также однозначно следует, что при рассмотрении дела о банкротстве суд не выполняет правосстановительную функцию по отношению к залоговому кредитору, а принимает решения исходя из фактических обстоятельств дела на момент рассмотрения соответствующего заявления. Это касается как установления требований, так и определения цены предмета залога и правовых последствий изменения его состояния в ходе процедур банкротства.

Тем самым ВАС РФ подтвердил практику, свидетельствующую о том, что забота о сохранности предмета залога, оценка и преодоление рисков, вызванных банкротством залогодателя, являются задачами залогодержателя.

Негативные последствия введения процедур банкротства в случае непосессорного залога могут быть связаны с прекращением деятельности предприятия-залогодателя, сокращением финансирования его текущей деятельности, что ведет к ухудшению состояния и снижению цены залогового имущества. Но и продолжение деятельности залогодателя может угрожать интересам залогодержателя, поскольку в условиях банкротства руководство предприятия может быть мало озабочено сохранностью предметов залога, эксплуатируя имущество с максимальной интенсивностью, небрежно или даже намеренно причиняя ему ущерб.

Учитывая указанные риски, залогодержателю необходимо активно использовать свое право, установленное ч. 2 ст. 343 ГК РФ, по проверке состояния предмета залога. В случае необходимости защита этого права осуществляется путем направления заявления об обязанности предоставить предмет залога для осмотра.

Необходимость определения фактического наличия и состояния предмета залога связана и с однозначным выводом ВАС РФ о том, что, если заложенное имущество выбыло из владения залогодателя, в том числе в результате его отчуждения, то залогодержатель вправе реализовать свое право посредством предъявления иска к владельцу имущества, но не подлежит включению в реестр в качестве залогового кредитора (п. 1 Постановления № 58).

Логично возникает вопрос о последствиях ситуации, когда предмет залога обнаружен после отказа во включении требований кредитора в реестр как обеспеченных залогом. В этом случае представляется возможным пересмотр определения об отказе в признании статуса залогового кредитора по вновь открывшимся обстоятельствам.

В связи с изложенным уже на стадии включения в реестр кредитор должен разрешить принципиальный вопрос не только о возможности, но и о целесообразности включения своих требований как обеспеченных залогом. Поскольку законодательство не обязывает залогодержателя заявлять требования о включении в реестр именно в таком качестве, кредитор может заявить требование о включении в реестр либо только на основании денежного требования, либо по обоим основаниям, причем как одновременно, так и по очереди, с соблюдением установленных сроков. Эту возможность необходимо учитывать в случае, если стоимость залога недостаточна для удовлетворения требований кредитора за счет его реализации, а размеры конкурсной массы делают целесообразным получение контроля над процедурой.

Интерес представляет позиция ВАС РФ о возможности не только корректировки суммы, включенной в реестр как обеспеченной залогом, в зависимости от фактической цены продажи залогового имущества, но и о возможности «деления» требования на обеспеченное и не обеспеченное залогом на этапе включения в реестр. Такая позиция была высказана в Определении от 4 мая 2011 г. № ВАС-5341/11, однако фактически распространения не получила.

Контроль состояния залога необходим и после включения в реестр в качестве залогового кредитора, поскольку в случае событий, повлекших значительное снижение стоимости предмета залога, залогодержатель не имеет возможности изменить характер своих требований и включиться в реестр как обычный кредитор, пока оставшаяся часть предмета залога не будет реализована. Имеется в виду ситуация, когда частичная утрата или ухудшение состояния предмета залога произошли после введения процедур банкротства; в случае, если утрата предмета залога произошла до банкротства залогодателя, а установлено это было после включения кредитора в реестр как залогового, суды признают возможность внесения изменений в реестр требований кредиторов (Определение ВАС РФ от 25 января 2013 г. № ВАС-14075/10 по делу № А47-3891/2009).

В настоящее время высказываются мнения о несправедливости такой ситуации и о путях ее преодоления, но представляется, что в ближайшей перспективе, в контексте действующего законодательства, ситуация едва ли может быть изме-

нена, и утрата части залога в ходе конкурсного производства остается риском залогодержателя.

Необходимо отметить существующую практику взыскания убытков с арбитражных управляющих, по вине которых произошла утрата или повреждение залогового имущества. В качестве примера успешных действий кредитора по защите своих прав можно привести дело № А33-10102/2009к11. Суды двух инстанций по итогам рассмотрения этого дела сделали вывод о доказанности совокупности оснований возмещения убытков (противоправность действий причинителя, причинная связь между противоправными действиями и возникшими убытками, наличие и размер понесенных убытков).

Кроме того, данное дело интересно тем, что при его рассмотрении суд использовал логичный, хотя и не всегда применимый метод определения размера убытков — по минимальной цене реализации имущества, аналогичного утраченному.

Вместе с тем защита своих прав подобным способом сама по себе является способом преодоления уже допущенных нарушений прав и требует от залогового кредитора большого внимания к ходу процедуры банкротства. Так, при рассмотрении дела № А42-8126/2006 основанием для отказа в удовлетворении аналогичных требований судами трех инстанций (постановление ФАС Северо-Западного округа от 3 августа 2011 г.) стало то обстоятельство, что в отчете временного управляющего не содержалось сведений о наличии у должника залогового имущества. Несмотря на то, что подтверждением его наличия в деле о банкротстве являлся сам факт включения требований кредитора в реестр как обеспеченных залогом, это обстоятельство оказалось непреодолимым для заявителя.

Таким образом, контроль за действиями арбитражного управляющего по отражению состояния предметов залога в отчетах также должен быть непременной заботой залогового кредитора.

В контексте продолжения залоговых отношений представляется, что сохраняется и обязанность залогодателя по информированию залогодержателя о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества (п. 3 ч. 1 ст. 314 ГК РФ). В случае введения конкурсного производства эта обязанность переходит к конкурсному управляющему и должна им исполняться в совокупности с общей обязанностью по обеспечению сохранности залогового имущества. Неисполнение этой обязанности может использоваться как одно из оснований для обжалования действий конкурсного управляющего в случае утраты предмета залога и предъявления к нему требований о возмещении убытков.

Кроме угроз физической сохранности предмета залога, возникающих в результате введения в отношении должника процедуры банкротства, залогодержатель подвергается риску недобросовестных действий со стороны залогодателя и аффилированных с ним лиц, которые могут повлечь полное выбытие предмета залога (в частности, путем заключения фиктивного договора предшествующего залога с запретом на последующий залог либо путем использования схемы банкротства по упрощенной процедуре аффилированным лицом с расчетом на нарушение кредитором сроков включения в реестр, что влечет освобождение предмета залога от обременения). Однако в силу своей природы такие риски являются предметом самостоятельного исследования.

В.П. Васькевич,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет;

Д.Х. Валеев,

к.ю.н.,

профессор кафедры экологического, трудового права и
гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Учение Г.Ф. Шершеневича о несостоятельности (банкротстве) и его значение для отечественной правовой науки

Курс торгового права, несомненно, является одним из самых значимых трудов выдающегося дореволюционного цивилиста Г.Ф. Шершеневича. Как известно, данная работа состоит из четырех томов, отдел VII четвертого тома курса посвящен научному осмыслению конкурсного процесса и правоотношений в области несостоятельности (банкротства). Данный вывод следует из содержания указанного произведения, несмотря на то обстоятельство, что сам отдел VII обозначен Г.Ф. Шершеневичем «Конкурсный процесс».

В частности, открывает отдел VII анализ исторического аспекта развития конкурсного законодательства. По мнению Г.Ф. Шершеневича, институт несостоятельности являлся весьма сложным институтом того времени¹. При этом данный институт был известен еще римскому праву, а его корни уходят в древнейший период. Так, институт несостоятельности широко применялся в средневековом итальянском и французском праве², германском и английском праве³, законодательстве других стран, которые Г.Ф. Шершеневичем разделены на французскую (Бельгия, Италия, Испания, Португалия, Греция, Турция, Румыния) и германскую (Австрия, Венгрия, Голландия, Сербия, Швеция, Норвегия, Дания, Швейцария) группы⁴.

Относительно России основы института несостоятельности были заложены еще в Русской Правде. В частности, как отмечает Г.Ф. Шершеневич, «зачатки конкурсного процесса не чужды древнейшему законодательству России»⁵.

Дальнейшее развитие института несостоятельности в России связано с принятием в 1740 г. Устава о банкротях⁶, а в последующем — Устава о банкротях от 19 декабря 1800 г.⁷ При этом Г.Ф. Шершеневич указывает, что банкротный устав 1740 г.

¹ См. об этом: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. М., 2003. С. 101 (Классика российской цивилистики).

² См. там же. С. 109–127.

³ См. там же. С. 127–139.

⁴ См. там же. С. 139–142.

⁵ Там же. С. 143.

⁶ См.: Устав о банкротах от 1740 г. // <http://virtualpetersburg.ru/ustav-o-bankrotax-ot-1740-g>

⁷ См.: Устав о банкротах от 19 декабря 1800 г. // http://www.bankrotstvovrf.ru/Ustav_o_bankrotah_ot_19_dekabrya_1800.htm

не получил практического применения, как и последующие проекты 1753, 1763, 1768 гг., которые так и остались проектами¹. В свою очередь Устав о банкротах 1800 г. получил широкое применение в России. Он состоял из двух частей, первая часть называлась «Для купцов и другого звания торговых людей, имеющих право обязываться векселями», а вторая — «Для дворян и чиновников»². Иными словами, первая часть Устава о банкротах 1800 г. была посвящена «торговой несостоятельности», а вторая — «неторговой несостоятельности»³.

В 1832 г. был принят Устав о торговой несостоятельности, действовавший до 1917 г. и примененный только к случаям «торговой несостоятельности». Кроме того, в 1836 г. были введены правила об учреждении администрации по делам торговой несостоятельности, а 29 июня 1839 г. были установлены правила о наблюдении за делопроизводством в конкурсах и о перемещении конкурсов из внутренних городов Империи в столицы и портовые города. Лишь в 1846 г. законодатель отказался от сословной концепции «торговой несостоятельности» и распространил действие Устава о торговой несостоятельности на всех лиц, занимающихся торговлей⁴.

Исследуя конкурсный процесс по российскому законодательству, Г.Ф. Шершеневич подвергает анализу правовое регулирование несостоятельности в целом. В частности, он начинает свой труд с общей характеристики несостоятельности. Здесь уясняется цель и основание конкурсного процесса, дается определение несостоятельности, анализируется соотношение конкурсного и гражданского процессов, где Г.Ф. Шершеневич рассматривает конкурсный процесс как форму гражданского процесса и исполнительного процесса, выявляет связь конкурсного процесса с гражданским процессом⁵.

В изучении вопроса об открытии конкурсного производства Г.Ф. Шершеневич особое внимание уделяет мерам предупреждения конкурсного производства и администрации по делам торговым. В частности, он отмечает, что задачей администрации по торговым делам является восстановление дела должника для целей полного удовлетворения кредиторов, в то время, как цель конкурсного процесса — ликвидация несостоятельного должника для равномерного и соразмерного удовлетворения всех кредиторов такого должника⁶. Иными словами, цель администрации — восстановление дел должника, удовлетворение требований всех его кредиторов и сохранение предприятия в отличие от его ликвидации в ходе конкурсного процесса⁷.

Говоря о последствиях объявления несостоятельности, Г.Ф. Шершеневич исследует вопросы прекращения возможности для кредиторов самостоятельного осуществления прав, просрочки обязательств, по которым срок исполнения еще не наступил, остановки течения процентов, личных последствий для должника, устранения должника от управления и распоряжения имуществом, влияния объявления

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 150.

² См.: Устав о банкротах от 19 декабря 1800 г. // http://www.bankrotstvovrf.ru/Ustav_o_bankrotah_ot_19_dekabrya_1800.htm

³ Об этом см. подробнее: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 151.

⁴ См. там же. С. 158.

⁵ См. там же. С. 161–181.

⁶ См. там же. С. 198.

⁷ Там же.

несостоятельности на заключенные сделки, а также анализа действий, совершенных должником до объявления его несостоятельным (банкротом)¹.

Изучение процедуры конкурсного производства Г.Ф. Шершеневич начинает с обзора органов конкурсного производства. Далее он подвергает анализу порядок составления актива, дает понятие конкурсной массы, а также процедуру составления пассива. Анализируя процедуру окончания конкурсного процесса, Г.Ф. Шершеневич выделяет способы окончания конкурсного процесса, порядок раздела имущества должника, процедуру продажи такого имущества, основания и правила составления расчета с кредиторами и распределение денег между ними².

Анализ второго способа (процедуры мирового соглашения) окончания конкурсного процесса Г.Ф. Шершеневич начинает с сущности мировой сделки. Как он отмечает, мировое соглашение представляет выгоды не только для несостоятельного должника, но и для его кредиторов, поскольку позволяет им получить полное удовлетворение³. Здесь он рассматривает особенности заключения мировой сделки, юридическую силу такой сделки в конкурсном процессе, особенности лишения мировой сделки юридической силы. Исследования процедуры окончания конкурсного процесса завершается анализом правовой категории «банкротство». Под банкротством Г.Ф. Шершеневич понимает неосторожное или умышленное причинение несостоятельным должником ущерба кредиторам посредством уменьшения или сокрытия имущества⁴. Здесь автор выделяет такие признаки банкротства, как преступное действие, анализирует неосторожность или умышленность как основания преступного действия, предмет преступления, причиняемый кредиторам ущерб, а также рассматривается порядок возбуждения уголовного преследования. Кроме того, Г.Ф. Шершеневич выделяет и подвергает анализу простое и злостное банкротство и правовые последствия, наступающие для несостоятельного должника в зависимости от этих квалифицирующих признаков⁵.

Таким образом, можно констатировать, что Г.Ф. Шершеневич научное осмысление конкурсного процесса расширил на законодательство о несостоятельности (банкротстве). Данный его научный труд посвящен скрупулезному анализу правоотношений в области банкротства в целом, охватывая при этом исследование законодательного массива о несостоятельности (банкротстве) ведущих зарубежных стран Европы. Научные выводы выдающего ученого-правоведа актуальны и в настоящее время. Об этом свидетельствует отечественное законодательство, регулирующее отношения о несостоятельности (банкротстве) в современной России. В частности, действующий Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает такие процедуры банкротства, как наблюдение (гл. IV), финансовое оздоровление (гл. V), внешнее управление (гл. VI), конкурсное производство (гл. VII), мировое соглашение (гл. VIII). Практически все они были известны в той или иной степени законодательству дореволюционной России и получили основательное и глубокое научное осмысление Г.Ф. Шершеневичем и другими выдающимися правоведами того времени. Не случайно многие положения

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 270–374.

² См. там же. С. 486–509.

³ См. там же. С. 509.

⁴ См. там же. С. 511.

⁵ Там же. С. 509.

законодательства того времени находят свое воплощение в действующем отечественном законодательстве о несостоятельности (банкротстве).

Т.М. Жукова,

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный Национальный
исследовательский университет

Субсидиарная ответственность при банкротстве: исторический аспект

Современное представление о субсидиарной ответственности основано на положении, когда в обязательстве имеется один (основной) должник, однако в силу закона или условий договора за него дополнительно (субсидиарно) отвечает другое (второе) лицо. Институт субсидиарной ответственности играет особую роль именно в конкурсном праве и направлен на усиление правовой защиты кредиторов.

Вместе с тем следует учитывать, что само конкурсное право и его институт субсидиарной ответственности развивались постепенно. При этом необходимо отметить существенный временной разрыв в возникновении правового регулирования отношений несостоятельности (конкурсного права) и правового регулирования субсидиарной ответственности учредителей (участников) юридического лица, а также иных лиц, способных влиять на финансовое положение должника — юридического лица. Понадобилось историческое время для отделения личности участника (учредителя) юридического лица и его органов управления от самого этого юридического лица как самостоятельного субъекта права.

История конкурсного законодательства в странах европейского континента насчитывает уже более тысячи лет, поскольку потребность в таком законодательстве возникает практически одновременно с появлением частной собственности и развитием торговых отношений, однако институт банкротства юридических лиц как самостоятельных субъектов — продукт становления уже капиталистических отношений.

Основы конкурсного права были заложены в законодательстве Древнего Рима, но в тот период речь могла идти только о самых общих, далеко не совершенных и не развитых элементах регулирования конкурсных отношений, к тому же обеспечение обязательств у древних народов носило прежде всего личный характер. С постепенным переходом от личного исполнения к имущественному исполнению появляется первый прообраз современного конкурсного производства. Изменилось также и представление об ответственности должника перед кредиторами.

Г.Ф. Шершеневич в свое время указывал, что «в условиях жизни того времени мы не находим почвы для проявления основной мысли, характеризующей конкурсное право, — мысли о наиболее равномерном распределении имущественных средств должника между лицами, имеющими право на них. Эта мысль может зародиться и развиваться только тогда, когда исполнение направляется на имущество,

а не на лицо, и притом когда процесс исполнения выходит из области частного самоуправления и становится под надзор правительственных органов»¹.

Поскольку в силу законов Древнего Рима при неоплатности долга исполнение обращалось на самого должника — физическое лицо (личное исполнение), то ни о какой субсидиарной ответственности таких лиц в части неисполнения юридическим лицом, участником которого они являлись, своих обязательств в то время вести речь не приходится.

В рамках системы имущественного исполнения начинают формироваться основные начала института субсидиарной ответственности. При этом до появления юридического лица как самостоятельного субъекта права, наделенного обособленным от физических лиц имуществом, ни о какой субсидиарной ответственности его учредителей (участников) по его обязательствам речи не шло.

Современные черты конкурсного права стали проявляться только в торговых городах средневековой Италии. Хотя каждый город и создавал свою собственную систему законодательства, регулирующую указанные отношения, однако между ними было много общего. В частности, конкурсное производство обычно применялось только к купцам и банкирам.

Таким образом, можно видеть, что в итальянских городах должник — физическое лицо не отделялся от своего торгового или банковского предприятия и непосредственно отвечал по его обязательствам, и не только всем своим имуществом, но и своей свободой. При этом субсидиарная ответственность в городах Италии могла быть применена только к поручителю должника.

Теоретическое осмысление проблемы ответственности учредителей (участников) юридического лица начинается фактически лишь в конце XIX в. Вопросы ограниченной и неограниченной ответственности учредителей (участников) юридического лица по его долгам исследовались в работах таких российских цивилистов конца XIX — начала XX в., как П.П. Цитович, А.Х. Гольмстен, А.И. Каминка², позднее В.К. Розенберг, В.Ю. Вольф³.

Анализ источников русского права в период с XIII по XVII в. позволяет утверждать, что развития конкурсного права не происходит, дел о несостоятельности практически нет, все дела разбираются и разрешаются в обычном порядке на основании личного исполнения должника.

История образования юридических лиц в средневековой Руси показывает, что они начинают создаваться почти на 300 лет позднее, чем в странах Европы. Упоминание о товариществах в памятниках русского права мы можем найти лишь в ст. 276 Соборного уложения 1649 г.

Юридические лица с XVII в. включались в российский торговый оборот преимущественно в качестве товариществ. Правовое положение товариществ регулирова-

¹ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С. 2.

² См.: Цитович П.П. Проект положения об акционерных обществах // Журнал гражданского и уголовного права. 1873. Кн. 3. Май. С. 107; Гольмстен А.Х. Очерки по русскому торговому праву. СПб., 1895. С. 108; Каминка А.И. Новое германское торговое уложение // Журнал Министерства юстиции. 1898. № 1. Январь. С. 41–44.

³ См.: Розенберг В.В. К вопросу о товариществе с ограниченной ответственностью // Вестник финансов, промышленности и торговли. 1911. № 2. С. 50–57; Он же. Товарищество с ограниченной ответственностью (о необходимости введения этой формы в России). СПб., 1912. С. 22–37; Вольф В.Ю. Основы учения о товариществах и акционерных обществах. М., 1927. С. 156–158.

лось общими гражданскими законами, торговым уставом, а также в случае банкротства к торговым товариществам применялись положения банкротных уставов. При этом тесная взаимосвязь физической личности должника и его имущества в делах о банкротстве была обусловлена правовой природой такой организационно-правовой формы, как товарищество, когда полные товарищи отвечали по обязательствам своего товарищества не только всем своим имуществом, но и лично.

Как и в Европе, в России в XVIII в. начинают появляться и развиваться новые формы юридических лиц.

В 1800 г. принимается Устав о банкротах. Это был комплексный, логически завершенный документ, состоящий из двух частей. Первая часть была посвящена торговой (купеческой) несостоятельности, вторая относилась к дворянам (неторговая несостоятельность). Должники-банкроты, участники товарищества, несли полную имущественную ответственность по обязательствам товарищества и были связаны круговой порукой.

В XIX в. в России открытие несостоятельности влекло для банкрота личные и имущественные последствия. Личные последствия состояли в том, что злонамеренный банкрот немедленно заключался под стражу, но кредиторы большинством голосов могли освободить его, удовлетвовавшись поручительством. Имущественные последствия сводились к тому, что имущество должника немедленно изымалось (секвестрировалось) и отдавалось в конкурс.

На начало XX в. правовое регулирование отношений несостоятельности юридических лиц в России в целом находилось на уровне европейских стран (и по критерию развития законодательства, и по критерию теоретических разработок проблем банкротства таких должников).

Февральская революция 1917 г. и затем большевистский переворот прервали последовательное развитие конкурсного права и его института — субсидиарной ответственности участников (учредителей) и иных лиц, способных оказывать влияние на финансовое состояние должника — юридического лица.

Новый этап развития конкурсного права в Российской Федерации начался с развитием рыночных отношений в конце XX в.

Первый закон о банкротстве в Российской Федерации принимается в 1992 г. Однако Закон РФ от 19 ноября 1992 г. «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» не предусматривал возможности привлечения учредителей (участников) и иных лиц, способных влиять на финансовое состояние должника, к субсидиарной ответственности.

С введением в действие с 1 марта 1998 г. Федерального закона от 8 января 1998 г. «О несостоятельности (банкротстве)» начался второй этап правового регулирования отношений несостоятельности.

Закон о банкротстве 1998 г. ввел институт субсидиарной ответственности. Такая ответственность могла наступать при нарушении порядка ликвидации должника — юридического лица, а также при сокрытии должником имущества или незаконной передачи им своего имущества третьим лицам.

В 2002 г. после долгих дискуссий был принят третий Федеральный закон от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)». Этот Закон сохранил институт субсидиарной ответственности обязанных лиц должника — юридического лица. Однако нормы о применении субсидиарной ответственности по различным

основаниям «разбросаны» по тексту закона, что не способствует усвоению и применению соответствующих положений. Ввиду важности этого института для укрепления защиты прав кредиторов и уполномоченного органа представляется целесообразным выделить данный институт в отдельную главу Закона.

И.Ю. Загоруйко,

д.э.н., к.ю.н.,

доцент кафедры предпринимательского права,

Пермский государственный национальный

исследовательский университет;

Ж.В. Эстерлейн,

к.ю.н., доцент

Современные проблемы законодательства о банкротстве физических лиц

В соответствии с п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве положения о банкротстве физических лиц не действуют вплоть до вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы. До настоящего времени такой закон не принят.

Принятие Закона о банкротстве физических лиц было бы логичным и необходимым шагом в развитии института несостоятельности (банкротства) и позволило бы усовершенствовать порядок осуществления реабилитационных процедур, применяемых в деле о несостоятельности (банкротстве), повысило бы привлекательность соответствующих процедур для всех заинтересованных лиц, а также дало бы возможность увеличить количество случаев восстановления платежеспособности должников в ходе дела о банкротстве.

Вопрос о том, нужен ли этот закон, не раз обсуждался в юридической литературе. Одни авторы говорят о необходимости быстрого введения в действие норм о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями¹. Так как в Законе о банкротстве уже есть отдельная гл. X, посвященная этому вопросу, то достаточных оснований для разработки и принятия отдельного федерального закона, посвященного банкротству граждан, попросту нет. Данная процедура должна быть урегулирована в федеральном законе о внесении изменений в ГК РФ, Закон о банкротстве и иные законодательные акты. Эти изменения позволили бы усовершенствовать существующие в настоящее время нормы с учетом потребностей современной практики.

Если предположить, что принятие подобного законопроекта — верное решение, сложится ситуация, когда в стране одновременно будут действовать два федеральных закона: один — о банкротстве вообще, а другой — тоже о банкротстве, но лишь для граждан, причем за исключением глав крестьянских фермерских хозяйств.

¹ См., например: Попондопуло В.Ф., Слепченко Е.В. Проблемы совершенствования законодательства о банкротстве в условиях финансового кризиса // Арбитражные споры. 2010. № 1.

В законопроекте содержится колоссальное количество норм, дублирующих положения действующего Закона о банкротстве, что совершенно излишне¹.

Другие авторы говорят о необходимости принятия нового закона². При отсутствии необходимого нормативного акта арбитражные суды не вправе возбуждать дела о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями. Такая выжидательная позиция законодателя в итоге не позволяла рассматривать физических лиц как субъектов отношений несостоятельности (банкротства).

Вместе с тем реальное практическое внедрение данного института может происходить лишь после того, как экономика страны преодолееет последствия мирового финансового кризиса и вновь вернется к состоянию стабильного поступательного развития. Любая же поспешная попытка реализации данного института в «пожарном» порядке может привести к непредсказуемым социальным последствиям, так как на сегодняшний день невозможно достоверно определить количество граждан, нуждающихся в обращении к данной процедуре; отсутствует необходимая инфраструктура, способная обеспечить рассмотрение значительного числа обращений граждан, а также отсутствуют культура и понимание механизма функционирования реабилитационных процедур со стороны самих должников. Все перечисленные факторы в совокупности способны вместо реального положительно эффекта привести лишь к параличу арбитражной системы, заваленной исками граждан, а также росту социальной напряженности из-за неверного понимания сути реабилитационных процедур со стороны граждан³.

Итак, нужен ли закон «О реабилитационных процедурах, применяемых в отношении гражданина-должника»?

Основные направления Закона о реабилитационных процедурах адаптированы на расширение возможностей урегулирования задолженности физических лиц.

Исходя из смысла ст. 3 законопроекта, должник признается арбитражным судом банкротом, если установлена его неплатежеспособность, т.е. неспособность удовлетворить в полном объеме требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей в течение шести месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены. В действующем Законе о банкротстве гражданин считается не способным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и(или) обязанность не исполнены им в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, и если сумма его обязательств превышает стоимость принадлежащего ему имущества.

Дело о банкротстве может быть возбуждено арбитражным судом при условии имеющейся задолженности не менее 10 тыс. рублей. По версии законопроекта заявление о банкротстве принимается только при наличии задолженности не менее 50 тыс. рублей.

На основании ст. 8 Закона о банкротстве 2002 г. должник вправе подать в арбитражный суд заявление в случае предвидения банкротства при наличии обстоя-

¹ См.: *Беляева О.* Банкротство граждан // Юридическая газета. 2011. № 18.

² См., например: *Кириловых А.А.* Банкротство гражданина: перспективы развития правового института // Законодательство и экономика. 2011. № 3.

³ См.: *Свириденко О.М.* История и современная концепция института несостоятельности (банкротства) в России // Банковское право. 2010. № 6.

тельств, очевидно свидетельствующих о том, что он не в состоянии будет исполнить денежные обязательства и(или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок. В п. 4 ст. 10 законопроекта сказано, что заявление должника может быть подано только при наличии средств на выплату вознаграждения конкурсному управляющему в размере фиксированной суммы вознаграждения за два месяца и на опубликование сведений об открытии конкурсного производства в соответствии с Законом о банкротстве. Таким образом, при отсутствии требуемого количества средств должнику будет отказано в рассмотрении его заявления и в проведении процедуры банкротства.

Получается замкнутый круг. Для того чтобы заявить о банкротстве, гражданин должен иметь возможность финансировать процедуру банкротства, но на стадии банкротства ему негде взять для этого средства.

При рассмотрении дела о банкротстве должника — физического лица применяется конкурсное производство, которое вводится на срок до шести месяцев (может продлеваться по ходатайству лица, участвующего в деле, не более чем на шесть месяцев).

Вызывает сомнение повсеместная практическая реализация инструмента реструктуризации долгов, когда граждан вынужден самостоятельно составить план удовлетворения требований кредиторов, срок погашения которых может растянуться на пять лет.

В новом законопроекте, как и в действующем законодательстве, отсутствуют мероприятия, направленные на предотвращение банкротства физических лиц. В частности, большинство кредитных организаций при выдаче кредитных ресурсов предлагают осуществлять страхование жизни или ответственности за неисполнение обязательства. Это необязательно, но в значительной степени влияет на решение о выдаче кредита. Законопроект существенно выиграл бы, если бы предполагал необходимость разработки мероприятий по предотвращению ситуаций с резким падением платежеспособности граждан¹.

Другими проблемными моментами предлагаемого законопроекта юристы называют размытые критерии и пределы гражданской ответственности должника в случае нарушения закона. Сдерживающим фактором для принятия закона является слабая организационная составляющая обеспечения реализации его действия. Осуществление процедуры банкротства граждан, по крайней мере на начальном этапе, предполагает значительное увеличение нагрузки на судейский корпус. Даже с учетом формирования института судебных присутствий проблема рассмотрения дел о банкротстве не будет решена.

Предложенный законопроект имеет ряд неоспоримых плюсов: многие банки будут вынуждены пересмотреть свою кредитную политику; сжатые сроки процедуры банкротства, в результате которой должники быстрее возвратят долги, что выгодно и кредиторам.

К минусам можно отнести: возможность сокращения кредитования частных лиц и ужесточения требований к заемщикам, повышению процентной ставки по кредитам; отсутствие мероприятий, направленных на предотвращение банкротства физических лиц; увеличение нагрузки на судей и арбитражных управляющих.

¹ См.: Жуков А. Граждан обанкротят? // Юридическая газета. 2011. № 21.

На основании этого можно сделать вывод о том, что не следует принимать отдельный закон о банкротстве физических лиц, а усовершенствовать уже существующий Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве) в Российской Федерации» и ввести в действие положения, касающиеся банкротства граждан, а также внести соответствующие изменения в ГК РФ, УК РФ и иные законодательные акты.

К.С. Кондратьева,

к.ю.н., доцент кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Критерии несостоятельности (банкротства) индивидуальных предпринимателей

В мировой практике применяются два критерия несостоятельности (банкротства) индивидуальных предпринимателей: неоплатность и неплатежеспособность.

Первый критерий — недостаточность имущества, именуемый еще неоплатностью, т.е. установленное превышение пассива над активом в имуществе должника. Второй критерий — платежная неспособность (неплатежеспособность), т.е. предполагаемое превышение пассива над активом. Выделение названных критериев именно в указанных наименованиях достаточно традиционно для юридической литературы.

Наличие долга доказывается всеми средствами, допускаемыми гражданско-процессуальным законодательством. Что же касается неплатежеспособности должника, то для ее доказательства достаточно доказать факт прекращения платежей, «поскольку доказательства превышения суммы долгов над имуществом должника ходатайствующий кредитор не может представить суду без содействия со стороны должника и помощи суда»¹.

Для того чтобы установить факт неоплатности, необходимо подвергнуть анализу актив и пассив имущества должника. Ранее действовавший Закон о предприятиях, закреплявший для признания должника банкротом критерий неоплатности, так определял эти понятия:

— активы — имущество предприятия, в состав которого входят основные средства, другие долгосрочные вложения (включая нематериальные активы), оборотные средства, финансовые активы;

— пассивы — обязательства (за исключением субвенций, дотаций, собственных средств и других источников) предприятия, состоящие из заемных и привлеченных средств, включая кредиторскую задолженность.

Юридически значимым является то обстоятельство, что в рамках критерия неоплатности суд в принципе обязан рассмотреть состояние актива и пассива в имуществе должника и, не будучи убежденным в том, что последний превышает сумму

¹ Васильев Е.А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах. М., 1989. С. 39.

первого, не вправе принимать решение о банкротстве. Напротив, в рамках критерия неплатежеспособности суд не связан необходимостью проверки пассива и актива, и законодательство может быть построено таким образом, что факт превышения имущества, принадлежащего должнику, допустившему неплатежи, над суммой его обязательств не будет препятствием для признания его банкротом.

Неплатежеспособность как критерий несостоятельности представляет собой прекращение должником платежей в адрес собственных контрагентов, партнеров. «Выражением такого прекращения платежей могут служить циркулярное извещение кредиторов о неимении денег, приглашение их для личного сообщения им этого неприятного известия, протесты векселей, закрытие конторы, заведения, бегство должника из места своего жительства»¹. Необходимо отметить, что это может быть и молчаливое уклонение от уплаты долга.

Необходимо обратить внимание на еще одно обстоятельство при характеристике критерия неплатежеспособности. Как верно отмечает М.В. Телюкина, «критерий неплатежеспособности имеет двойственную природу: с одной стороны, он является достаточным основанием для признания несостоятельности, с другой — он тесно связан с критерием неоплатности, являясь внешним выражением невозможности исполнять обязательства и требования по обязательным платежам»². Также высказался и Г.Ф. Шершеневич: «Не следует думать, что платежная неспособность является совершенно оторванной от неоплатности должника. Напротив, в громадном большинстве случаев неспособность должника тесно связана с недостаточностью его имущества, можно сказать — признание ее за основание открытия конкурсного производства является выводом из многочисленного опыта, из целого ряда наблюдений, доказавших эту связь»³. Но у таких взглядов на неплатежеспособность как основание несостоятельности есть и противники. Это объясняется тем, что оба критерия несостоятельности имеют очевидные достоинства и недостатки.

Недостаточность имущества, выражая экономическую сущность несостоятельности, с одной стороны, более точно отвечает первейшему назначению всего института банкротства — установлению особого порядка равномерного распределения имущества должника между всеми его кредиторами, поскольку при превышении актива над пассивом надобности применять такие правила распределения имущества между его кредиторами нет (актив достаточен для удовлетворения всех кредиторов). Но очевидные трудности практической реализации этого критерия в отношении должников — обладателей сложного по составу актива и многочисленных кредиторов, а также любых крупных субъектов предпринимательской деятельности во многом «перевешивают» указанное преимущество. Кроме того, основание неоплатности не вполне учитывает такие задачи законодательства о банкротстве, как обеспечение (стимулирование) платежной дисциплины, финансовое оздоровление участников экономического оборота и ограждение кредиторов от действий недобросовестных должников по сокрытию имущества в предвидении финансовой катастрофы.

Напротив, критерий неплатежеспособности не встречает тех трудностей практического применения, которые свойственны неоплатности, и позволяет более

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. М., 2003. С. 149.

² Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». С. 15.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 150.

оперативно установить внешний контроль и управление над имуществом неплательщика, что может существенно повлиять на попытку восстановить индивидуального предпринимателя или же на тот размер удовлетворения, который получают кредиторы в случае проведения ликвидационных процедур. Кроме того, лицо, ведущее свою хозяйственную деятельность в условиях закрепления в законодательстве основания платежной неспособности, будет знать, что игнорирование, пусть даже временное, собственных обязательств может повлечь отстранение его от руководства имущественным комплексом и даже смену собственника, что, несомненно, будет стабилизировать состояние расчетов в национальном хозяйстве. В то же время вышеподнятые проблемы, вроде соотношения приостановления и прекращения платежей или возможности банкротства при единичном факте неплатежа, создают почву для критики этого критерия несостоятельности.

В силу того, что каждый из критериев несостоятельности обладает безусловными достоинствами, так и несет в себе определенные недостатки. Еще в XIX в. получил распространение подход, в соответствии с которым платежная неспособность бралась в основу торговой несостоятельности, тогда как недостаточность имущества признавалась критерием неторговой, общегражданской несостоятельности, т.е. несостоятельности лиц, не причастных к купечеству и торговле.

В сфере общегражданских, т.е. не связанных с осуществлением предпринимательской (торговой, хозяйственной) деятельности, имущественных отношений использование критерия неоплатности обусловлено устойчивостью имущества и, как правило, наличием в нем значительного вещественного элемента (вещи преобладают над неовеществленными активами: ценными бумагами, требованиями из обязательств), что существенным образом упрощает сравнение актива с пассивом. К тому же в обыденной жизни роль кредита не так велика, как в коммерческих отношениях.

Завершая рассмотрение критериев несостоятельности, необходимо отметить, что исследованию были подвергнуты два основных критерия: неплатежеспособность и неоплатность. Вероятно, можно сформулировать и иные критерии. Но на сегодняшний день, как отмечает В.В. Витрянский, «все существующие в законодательстве различных стран подходы к определению несостоятельности должника можно свести к двум вариантам: в основе признания должника банкротом предусматриваются либо принцип его неплатежеспособности... либо принцип неоплатности»¹.

Таким образом, принимая неплатежеспособность в качестве критерия несостоятельности, Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» позволяет избежать трудностей, связанных с бухгалтерскими нюансами оценки активов и пассивов для составления баланса, а также с риском предоставления ненадежных балансов, так как индивидуальные предприниматели часто не придерживаются своей отчетности в порядке. Итак, суд избавлен от необходимости истребования и толкования финансовой информации, которая к тому же еще может быть искаженной.

¹ Витрянский В.В. Новое в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) // Хозяйство и право. 1998. № 3. С. 38.

Е.С. Кочелорова,
ассистент кафедры коммерческого,
предпринимательского и финансового права,
Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

Особенности продажи имущества должника в конкурсном производстве

Процедура конкурсного производства является конечной стадией в процессе несостоятельности (банкротства), и как справедливо отмечает Г.Ф. Шершеневич, главная ее цель — «предоставить кредиторам возможность воспользоваться поскорее причитающимися им суммами и не заставлять их ожидать слишком долго момента раздела»¹. В рамках данной стадии осуществляется продажа имущества должника в целях соразмерного удовлетворения требований конкурсных кредиторов, которая регулируется п. 3—19 ст. 110 и п. 3 ст. 111 с учетом особенностей, установленных ст. 139 Закона о банкротстве.

Согласно п. 4 ст. 110 Закона о банкротстве продажа предприятия осуществляется путем проведения торгов в форме аукциона, за исключением имущества, продажа которого в соответствии с законодательством Российской Федерации осуществляется путем проведения конкурса. На практике зачастую при проведении торгов происходит нарушение правил их проведения, отсюда возникает вопрос: могут ли конкурсные кредиторы оспорить результаты торгов, проводимых в рамках конкурсного производства?

Следует обратиться к п. 1 ст. 449 ГК РФ, в соответствии с которым торги, проведенные с нарушением правил, установленных законом, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица. Не вызывает сомнений положение о том, что заинтересованными лицами являются участники торгов, а также лица, которым незаконно отказано в участии в торгах². Будут ли конкурсные кредиторы являться заинтересованными лицами в данном случае?

При попытке ответить на данный вопрос в судебной практике можно встретить различные подходы.

Так, конкурсный кредитор обратился с иском о признании недействительными торгов по продаже имущества должника. Решением суда истцу было отказано в удовлетворении заявленных требований на том основании, что само по себе наличие у истца статуса конкурсного кредитора не дает оснований для признания у него права требования по иску о признании торгов недействительными, поскольку порядок продажи имущества определен самими конкурсными кредиторами³.

Данная позиция была обоснована положением п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101, согласно которому иск о признании публичных торгов недействительными, заявленный лицом, права и законные

¹ Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. 2-е изд. М., 2013. С. 416 (Классика российской цивилистики)

² Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24 октября 2012 г. по делу № А27-16041/2011 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 24 мая 2011 г. по делу № А27-12969/2010; ФАС Поволжского округа от 2 сентября 2011 г. по делу № А55-26184/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

интересы которого не были нарушены вследствие отступления от установленного законом порядка проведения торгов, не подлежит удовлетворению¹.

По другому аналогичному делу исковые требования в части признания недействительными торгов по продаже имущества должника посредством публичного предложения и договора купли-продажи имущества апелляционная инстанция удовлетворила, указав, что торги имущества должника при его банкротстве проводятся с целью получения за это имущество максимально высокой суммы. Вырученная от продажи имущества должника сумма предназначена в том числе и для погашения требований кредиторов.

Истец, являясь конкурсным кредитором продавца имущества, имеет экономическую заинтересованность в получении от должника денежных средств и имущества, составляющих конкурсную массу должника, в связи с чем для него имеет существенное значение соблюдение при продаже имущества должника требований закона, регулирующего порядок продажи такого имущества. Нарушение порядка отчуждения имущества должника затрагивает имущественные права и интересы истца как конкурсного кредитора должника и свидетельствует о наличии заинтересованности истца в предъявлении иска о признании торгов недействительными².

Как видно из данных примеров из судебной практики, на вопрос о наличии заинтересованности в оспаривании торгов у конкурсных кредиторов нет однозначного ответа. На наш взгляд, необходимо исходить из следующего.

Конкурсные кредиторы преследуют единственную цель — получение максимальной прибыли от продажи имущества, поскольку это напрямую зависит от удовлетворения их требований в полном объеме. В том случае, если в результате нарушений при проведении торгов итоговая цена продажи имущества должника уменьшилась, то следует признавать наличие права у конкурсных кредиторов на оспаривание результатов торгов. Сам по себе статус конкурсного кредитора не влечет автоматического признания за последним права на оспаривание торгов.

На основании этого в ст. 139 Закона о банкротстве следует внести положение о том, что конкурсные кредиторы могут оспорить результаты торгов в том случае, если в результате допущенных нарушений при проведении торгов итоговая стоимость продажи имущества должника уменьшилась.

Можно ли устанавливать минимальную цену продажи имущества путем публичного предложения, ниже которой имущество не может быть продано (так называемая «цена отсечения»)? Здесь также встречаются противоположные подходы в судебной практике.

Одни суды применяют аналогию закона, ссылаясь на ст. 23 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. «О приватизации государственного и муниципального имущества», где обязательное установление минимальной цены предложения, по которой может быть продано государственное или муниципальное имущество (цена отсечения), предусмотрено при продаже государственного или муниципального имущества посредством публичного предложения³.

¹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 101 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 4.

² Постановление ФАС Поволжского округа от 2 сентября 2011 г. по делу № А55-26184/2010 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановления ФАС Уральского округа от 14 апреля 2011 г. по делу № А07-11575/09; от 6 сентября 2011 г. по делу № А47-8375/2009; ФАС Западно-Сибирского округа от 15 июня 2011 г. по делу

Более убедительной представляется позиция других судов, которые не допускают установление собранием кредиторов «цены отсечения». В обоснование данной позиции суды указывают на то, что цель процедуры продажи имущества должника путем публичного предложения состоит в реализации имущества должника путем систематического снижения цены и в наиболее короткие сроки. Последовательное снижение цены способствует увеличению круга потенциальных покупателей. Снижение цены на публичных торгах до нуля свидетельствует о том, что все возможные меры по реализации имущества должника приняты исчерпывающим образом. В то время как установление минимальной цены продажи имущества («цены отсечения») влечет неопределенность относительно дальнейших действий по продаже имущества должника (либо необходимость возобновления торгов посредством публичного предложения, что влечет дополнительные расходы; либо передачу имущества в порядке, предусмотренном ст. 148 Закона о банкротстве, что может нарушать права и законные интересы других кредиторов (незалоговых), так как не приняты все возможные меры по реализации имущества). Соответственно, установление цены отсечения не соответствует цели продажи имущества посредством публичного предложения, противоречит закону¹.

И действительно, как уже выше нами отмечалось, главная цель конкурсного производства — получение максимальной выгоды от продажи имущества должника. В случае установления «цены отсечения» реализация данной цели будет затруднена, поскольку есть риск того, что имущество по цене, выше минимальной, не будет продано. Если же «цена отсечения» не будет установлена, то велики шансы реализации имущества должника, а соответственно, и шансы кредиторов на получение причитающихся им выплат.

На основании этого, в ст. 139 Закона о банкротстве следует закрепить положение о том, что не допускается установление минимальной цены продажи («цены отсечения») в случае продажи имущества должника путем публичного предложения.

А.В. Кушниренко,
судья Арбитражного суда Магаданской области

Проблемы, возникающие в делах о несостоятельности (банкротстве) при реализации арбитражными управляющими своих полномочий

Арбитражный управляющий является одним из основных субъектов в правоотношениях, связанных с банкротством должников по Федеральному закону от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве), эффективность и добросовестность деятельности которого во многом определяет результаты проведения процедур банкротства.

№ А03-3169/2010; Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 июля 2011 г. по делу № А53-2982/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

¹ Постановления Седьмого арбитражного апелляционного суда от 4 июля 2011 г. по делу № А45-2614/09; от 29 марта 2012 г. по делу № А27-9312/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

Публичный статус арбитражного управляющего неоднократно подчеркивался в решениях Конституционного Суда РФ, в частности, в Определении от 1 ноября 2012 г. № 2047-О, согласно которому арбитражный управляющий осуществляет преимущественно публичные функции, которые выступают в качестве своего рода пределов распространения на него статуса индивидуального предпринимателя¹.

Поэтому можно сделать вывод, что арбитражные управляющие не могут рассматривать свою деятельность преимущественно как способ получения денежного вознаграждения в результате предпринимательской деятельности.

Рассмотрим, на наш взгляд, основные проблемные вопросы, которые возникают при реализации арбитражными управляющими своих полномочий в процедурах наблюдения и конкурсного производства. При этом нами сделан в основном акцент, на те проблемы, на которые в судебных делах официально не отреагировали ни кредиторы, ни должник, ни контролирурующий орган.

Так, согласно ст. 20³ Закона о банкротстве арбитражный управляющий имеет право получать вознаграждение в размерах и в порядке, которые установлены данным Законом.

В случае недостаточности имущества должника, если арбитражный управляющий своевременно не обратился в суд с заявлением о прекращении производства по делу, он несет риск невыплаты ему вознаграждения².

Вместе с тем суды Дальневосточного округа в данном вопросе придерживались иной правовой позиции. Например, в деле о банкротстве ООО «Юничек» суды не согласились с возражениями уполномоченного органа относительно взыскания с него вознаграждения, посчитав, что этот довод основан на неверном толковании п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 декабря 2009 г. № 91, где под расходами, в возмещении которых арбитражному управляющему может быть отказано, имеются в виду иные понесенные по делу о банкротстве расходы, а не вознаграждение арбитражного управляющего³.

Однако очевидно, что рассмотренная выше правовая позиция Конституционного Суда должна поменять изложенную практику взыскания вознаграждения в случае несоблюдения арбитражными управляющими п. 1 ст. 57 Закона о банкротстве.

Еще один интересный вопрос касается случаев, когда должник либо заявитель по делу о банкротстве не выплачивает арбитражным управляющим взысканных судами в их пользу расходов, понесенных в деле о банкротстве, в том числе вознаграждения. Возможно ли арбитражному управляющему обратиться в суд с заявлением о возбуждении дела о банкротстве такого лица, в том числе в случае, когда в исполнительном производстве невозможно взыскать указанные суммы ввиду фактического отсутствия имущества.

Так, арбитражные суды в деле о банкротстве ООО «БУТ», отказывая заявителю во введении процедуры наблюдения, пришли к выводу, что требование арбитражного управляющего к должнику о выплате вознаграждения по своему пра-

¹ <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>

² <http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx>.

³ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 16 сентября 2011 г. № Ф03-4135/2011 по делу № А73-3596/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

вовому содержанию представляет собой юридическую разновидность судебных расходов и, следовательно, не может служить основанием для возбуждения дела о банкротстве¹.

Такой подход делает практически невозможным получение арбитражными управляющими взысканных в их пользу сумм вознаграждения, особенно в случае недобросовестности должника. В связи с чем усматривается необходимость расширить понятие «денежное обязательство», определенное в ст. 2 Закона о банкротстве, чтобы не нарушать баланс интересов всех участников рассматриваемых правоотношений.

Следующей проблемой является взыскание судами в полном объеме вознаграждения в пользу арбитражных управляющих, которые не осуществляли никаких либо практически никаких действий в процедурах банкротства, в том числе при наличии вступивших в законную силу определений судов об удовлетворении соответствующих жалоб кредиторов, уполномоченного органа или должника по соответствующему делу².

Действительно, буквальное толкование положений Закона о банкротстве не позволяет суду уменьшать размер вознаграждения арбитражному управляющему, однако наметилась тенденция иного толкования данных норм.

Так, согласно п. 5 Проекта постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с вознаграждением арбитражного управляющего при банкротстве», в случаях, когда арбитражный управляющий «ненадлежащим образом исполнял свои обязанности, фактически уклонялся от осуществления своих полномочий, сумма его вознаграждения за данный период может рассматриваться в качестве убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением им своих обязанностей». При этом требование о взыскании убытков может быть заявлено кредитором, должником и др. как встречное при рассмотрении требования о взыскании вознаграждения арбитражного управляющего, с возможностью произведения судом процессуального зачета в соответствии со ст. 132 и абз. 2 ч. 5 ст. 170 АПК РФ³.

Если рассматриваемый пункт будет принят, это будет способствовать правовому противодействию недобросовестным арбитражным управляющим и сохранению соответствующей части конкурсной массы.

И последняя проблема, на которой хотелось бы остановиться, — реализация арбитражными управляющими права привлекать для обеспечения возложенных на него обязанностей иных лиц с оплатой их деятельности за счет средств должника. Одним из спорных вопросов данной проблемы является обоснованность привлечения арбитражными управляющими помощников.

Например, в деле о банкротстве ОАО «Магаданмост» у иногороднего арбитражного управляющего несколько месяцев было привлечено по договорам до 4–5 помощников, из

¹ Определение ВАС РФ от 30 марта 2012 г. № ВАС-17001/11 по делу № А32-3550/2011-14/98Б // СПС «КонсультантПлюс».

² См., например, дело № А37-2316/2012 (<http://kad.arbitr.ru/Card/b32366f2-371f-4b67-aa0b-d193ef8d94d6>).

³ http://www.arbitr.ru/_upimg/B904F2A242AEC9E7DECA78F83AA3011D_2013-02-14_%D0%BF%D0%BF1.pdf

которых один — также арбитражный управляющий, другой — представитель в г. Магадане, еще два — юрист и делопроизводитель, последний — бухгалтер. И возникает вопрос: а какие полномочия реализовывал сам арбитражный управляющий, учитывая расплывчатые формулировки соответствующих договоров? При этом акты приемки выполненных помощниками работ составлялись ненадлежащим образом.

В итоге по завершении конкурсного производства в отношении данного должника из конкурсной массы было погашено 636 300 руб. — расходы на выплату вознаграждения привлеченным специалистам, и только 146 361,21 руб. из 3 395 851,92 руб. требований кредиторов по заработной плате¹.

Полагаем, такой дисбаланс между невыплаченной заработной платой работникам должника и выплаченным вознаграждением привлеченным специалистам противоречит целям законодательства о банкротстве.

В другом деле — о банкротстве должника ООО «М.А.Я.» — иногородний арбитражный управляющий в процедуре наблюдения заключил договор с коммерческой организацией на проведение «предварительного финансового анализа должника» за 150 000 руб. При этом результатов данного предварительного анализа в материалах дела не представил, как не представил обоснования законодательной возможности его проведения и обоснованности размера стоимости такой услуги.

Кроме того, исходя из условий соответствующего договора, арбитражный управляющий предоставил право подрядчику «проверять в полном объеме документацию финансово-хозяйственной деятельности должника, наличия денежных сумм, ценных бумаг, материальных ценностей», а также привлекать к участию по выполнению предварительного финансового анализа иных лиц², что является нарушением п. 3 ст. 20³ Закона о банкротстве, обязывающего арбитражного управляющего сохранять конфиденциальность сведений, охраняемых федеральным законом.

Так, например, согласно ст. 313 НК РФ содержание данных налогового учета (в том числе данных первичных документов) является налоговой тайной.

Согласно п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве только с даты принятия решения об открытии конкурсного производства сведения о финансовом состоянии должника прекращают относиться к сведениям, признанным конфиденциальными или составляющим коммерческую тайну.

В данном деле суд также пришел к выводу, что финансовый анализ состояния должника арбитражный управляющий обязан проводить сам, так как его право привлекать иных лиц ограничено этим же п. 1 ст. 20³ Закона о банкротстве, если иное не установлено настоящим Федеральным законом. Иное условие установлено п. 2 данной статьи, перечисляющим обязанности арбитражного управляющего, а согласно п. 5 полномочия, возложенные в соответствии с Законом о банкротстве на арбитражного управляющего, не могут быть переданы иным лицам.

Перечень проблем, возникающих при исполнении арбитражным управляющим возложенных на него полномочий можно продолжить, однако многих из них можно избежать, если арбитражные управляющие будут добросовестными, а должник, кредиторы и уполномоченные органы занимать активную правовую позицию в делах о банкротстве.

¹ Дело № А37-224/2010 (<http://kad.arbitr.ru/Card/aee6794c-6c14-40e1-8045-36456065ad92>).

² Дело № А37-2003/2011 (<http://kad.arbitr.ru/Card/d8875aca-569b-4c87-9ee2-1bc11f27561f>).

Л.М. Постникова,

ст. преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин,
Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Несостоятельность (банкротство) как элемент предпринимательства

Баланс банкрота перед прыжком
в бездну — сальдо морталя.
Штейнхаус Хуго

Экономика государства на сегодняшний день имеет свойство нестабильности, что нередко отражается на финансовой неплатежеспособности хозяйствующих субъектов. Проблема банкротства в настоящее время становится особенно значимой: с каждым годом число дел о несостоятельности, рассмотренных арбитражными судами, растет. Это, несомненно, свидетельствует о том, что институт банкротства в России занимает одно из ведущих мест в развитии нормальных экономических отношений среди участников хозяйственного оборота. Данный институт всегда выступал в качестве одного из ключевых регуляторов экономических процессов в обществе, обеспечивал стабильность и устойчивость хозяйственного оборота. Со временем стали выделять банкротство как сопутствующее явление коммерческой деятельности.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) несостоятельность (банкротство) представляет собой признанную арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей. В цивилистике в связи с синонимичностью понятий «несостоятельность» и «банкротство» сложилось множество подходов к данной проблеме, например: «Банкротство складывается из двух элементов, из которых один (несостоятельность) — понятие гражданского права, другой (банкротское деяние) — понятие уголовно-правовое»¹.

Следует обратить внимание на еще один аспект понятия банкротства, банкротство — это один из способов ликвидации юридического лица. Пункт 1 ст. 65 ГК РФ предусматривает, что признание судом юридического лица банкротом влечет за собой его ликвидацию. При этом если стоимости имущества ликвидируемой коммерческой организации потребительского кооператива, благотворительного или иного фонда недостаточно для удовлетворения требований кредиторов, такие юридические лица (за исключением казенных предприятий) могут быть ликвидированы только путем банкротства. Однако стоит заметить, что в соответствии со ст. 25 и 65 ГК РФ банкротство должника может быть осуществлено принудительно или добровольно.

Статья 22 АПК РФ определяет подведомственность дел: «Арбитражному суду подведомственны дела по экономическим спорам, возникающим из гражданских, административных и иных правоотношений...» Данная статья базируется на поло-

¹ *Трайнин А.* Несостоятельность и банкротство. СПб., 1913. С. 27.

жениях ст. 127 Конституции РФ и ст. 4 и 5 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации», в соответствии с которыми к ведению арбитражных судов относится рассмотрение экономических споров и иных дел в сфере экономической и иной предпринимательской деятельности. Тем самым разграничивается компетенция арбитражных судов РФ и других органов, в том числе судов общей юрисдикции.

Закон о банкротстве в качестве одного из признаков банкротства устанавливает минимальный размер задолженности субъекта, в отношении которого инициируется дело о несостоятельности. Так, дело о банкротстве может быть возбуждено арбитражным судом, если требования к должнику — юридическому лицу в совокупности составляют не менее 100 тыс. руб., а к должнику — гражданину — не менее 10 тыс. руб.

Но законодательством предусматриваются исключения из общего правила, касающегося минимального размера требований кредиторов. Так, для ликвидируемого предприятия основанием для признания его несостоятельным служит недостаточность стоимости его имущества для удовлетворения требований кредиторов, а заявление о признании банкротом отсутствующего должника может быть подано независимо от размера его кредиторской задолженности.

С развитием более стойких позиций экономики и государства в целом стало очевидным, что проблемы, связанные с банкротством, невозможно решить только в рамках гражданского законодательства о несостоятельности. Обобщение практики применения норм законов о несостоятельности (банкротстве) показывает широкую распространенность корыстных мотивов использования такой формы оздоровления экономики России, как банкротство.

Российская судебная практика по делам о несостоятельности увеличивается, постепенно развивается и законодательство по данному вопросу, появляются необходимые разъяснения, облегчающие его применение, хотя до сих пор присутствует в общественном мнении негативное отношение к процедуре банкротства и попытки разрешить возникновение неплатежей любыми иными способами, законными и незаконными.

В рамках федерального законодательства фиктивное и преднамеренное банкротство рассматривается в двух ракурсах — как административное правонарушение и уголовно наказуемое деяние. В УК РФ впервые появились нормы, предусматривающие ответственность за неправомерные действия при банкротстве (ст. 195), преднамеренное банкротство (ст. 196) и фиктивное банкротство (ст. 197). Введение в УК РФ названных норм породило множество проблем в правоприменительной и организационной деятельности правоохранительных и судебных органов, которые и в настоящее время требуют своего разрешения. Наряду с УК РФ нормы о банкротстве введены и в КоАП РФ: фиктивное или преднамеренное банкротство (ст. 14.12), неправомерные действия при банкротстве (ст. 14.13).

При обнаружении признаков фиктивного банкротства прокурор вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о возбуждении производства о несостоятельности (банкротстве) хозяйствующего субъекта. Как полагает С.Ф. Мазурин, прокурор может вступить в процесс «по любому находящемуся в производстве суда первой инстанции гражданскому делу, в том числе и по вопросам банкротства»¹.

¹ Мазурин С.Ф. Гражданский процесс. Общая часть. СПб., 2010.

А.Ф. Трайнин считал, что вмешательство прокурора в дело нужно непосредственно после объявления судом несостоятельности, с тем чтобы освободить конкурсное управление от необходимости решать вопрос о свойстве несостоятельности и не потерять время, необходимое для доказывания факта банкротства¹. Как отмечает В.В. Ярков в комментарии к ст. 52 АПК РФ, прокурор в соответствии со ст. 223, 224 АПК РФ, ст. 6 Закона о банкротстве имеет право обратиться с заявлением о признании должника банкротом². Однако стоит заметить, что это утверждение не основано на законе.

Для определения юридически значимых обстоятельств банкротства большое значение имеет своевременное и правильное выявление признаков криминальных банкротств путем проведения судебно-экономических экспертиз. Исходя из норм ст. 196 УПК РФ, проведение экспертизы в данном случае необязательно, Методические рекомендации³ здесь носят рекомендательный характер и не являются обязательными для органов следствия. Выявление признаков преднамеренного или фиктивного банкротства на основании Методических рекомендаций может быть основанием для возбуждения уголовного дела, но никак не основанием для применения санкций ст. 196, 197 УК РФ. Сам факт наличия признаков преднамеренного или фиктивного банкротства еще не является достаточным основанием для привлечения лица к уголовной ответственности по соответствующим статьям УК РФ⁴. Как показывает практика, судебно-экономические экспертизы все же назначаются и проводятся.

Подводя итог, стоит отметить, что Закон о банкротстве в реальности учитывает все стороны процедур банкротства субъекта. Закон, с одной стороны, дает возможность исключить из оборота неплатежеспособных субъектов, с другой — предоставляет возможность добросовестным предпринимателям улучшить свои позиции под контролем арбитражного суда и кредиторов, прийти к финансовой стабильности. С позиции гражданских правоотношений институт несостоятельности является гарантией в условиях экономической политики государства, одним из основных элементов которого является конкурентоспособность субъектов предпринимательства. Само по себе банкротство как один из нежелательных, но все же имеющих место результатов предпринимательской деятельности не влечет для должника привлечения к какому-либо виду юридической ответственности.

Предлагается доработать нормы УПК РФ в плане конкретики назначения экспертиз по делам о криминальных банкротствах. Полагается, что следует ужесточить ответственность управляющих за неправомерные действия при банкротстве, более детально доработать нормы Закона о банкротстве в плане закрепления обязанностей управляющих. Также стоит обратить внимание и на момент, когда управляющие подлежат дисквалификации на определенный срок, автор полагает, что следует таких субъектов дисквалифицировать и не давать дальнейшей возможности

¹ См.: Трайнин А.Ф. Юридическая сила определения свойства несостоятельности // Вестник права. 1916. № 38.

² См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. проф. В.В. Яркова. М., 2011.

³ О методических рекомендациях по проведению экспертизы о наличии (отсутствии) признаков фиктивного или преднамеренного банкротства: распоряжение ФСДН России от 8 октября 1999 г. № 33-р // Вестник ФСДН России. 1999. № 12.

⁴ Порохов М.Г., Хазиев Ш.Н. Судебно-экономические экспертизы по делам о криминальном банкротстве // Адвокат. 2006. № 5. С. 26–29.

осуществлять данный вид деятельности. В связи с тем, что экономические стороны предпринимательства позволяют преднамеренно доводить хозяйствующий субъект до банкротства, полагается нужным и возможным ужесточить ответственность по нормам УК РФ. Вполне реально внести в закон санкцию в плане ареста имущества приобретенного недобросовестным предпринимателем, в том числе банковских счетов за период банкротства предприятия. В данном случае выявляется необходимость проверки гражданско-правовых сделок предпринимателя, в том числе и сделок дарения, так как показывает практика, что в данных случаях предприниматели, при объявлении арбитражным судом предприятия банкротом, стараются «спихнуть» свое имущество родственникам, в большинстве случаев именно по сделкам дарения. Конечно, данная позиция происходит при наличии криминального элемента, в большинстве случаев при преднамеренном банкротстве.

Е.С. Тихонова,

юрист ООО «Киселев, Прохоров и партнеры» (г. Москва)

Признание сделки недействительной в рамках рассмотрения дела о несостоятельности (банкротстве) юридического лица

Прежде чем переходить к обсуждению темы данной статьи, хотелось бы остановиться на понятиях банкротства, сделки и условиях, необходимых для признания сделки недействительной. Банкротство (от итал. *banco* — скамья, банк и *rotto* — сломанный), несостоятельность, отсутствие средств у должника и как следствие отсутствие возможности платить по своим долговым обязательствам. Факт банкротства устанавливается решением арбитражного суда и влечет определенные юридические последствия. В Российской Федерации вопросы несостоятельности (банкротства) юридических лиц регулируются соответствующим законодательством, в частности, Федеральным законом от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)», ГК РФ, Постановлениями Пленума ВАС РФ и др.

В соответствии со ст. 153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

На основании ст. 168 ГК РФ сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна. В силу положений ст. 166 ГК РФ ничтожная сделка — один из видов недействительной сделки. Сделка может быть признана ничтожной решением суда.

В зависимости от вида деятельности организации, признанной несостоятельной, устанавливается очередность удовлетворения требований кредиторов. Статья 134 Закона о банкротстве устанавливает определенную очередность удовлетворения требований кредиторов.

В ходе рассмотрения дела о банкротстве могут возникнуть вопросы относительно законности заключения должником тех или иных сделок.

Согласно п. 1, 3 ст. 61¹ гл. III¹ Закона о банкротстве, сделки, совершенные должником или другими лицами за счет должника, могут быть признаны недействительными в соответствии с ГК РФ, а также по основаниям и в порядке, которые указаны в настоящем Федеральном законе. Правила настоящей главы могут применяться к оспариванию действий, направленных на исполнение обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с гражданским законодательством.

В соответствии с абз. 2 п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III¹ Федерального закона о несостоятельности (банкротстве)», по правилам указанной главы могут, в частности, оспариваться действия должника, являющиеся исполнением гражданско-правовых обязательств, или иные действия.

Пунктом 1 ст. 61³ гл. III¹ Закона о банкротстве установлено, что «сделка, совершенная должником в отношении отдельного кредитора или иного лица, может быть признана арбитражным судом недействительной, если такая сделка влечет или может повлечь за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами в отношении удовлетворения требований, в частности, при наличии одного из следующих условий... сделка привела или может привести к изменению очередности удовлетворения требований кредитора по обязательствам, возникшим до совершения оспариваемой сделки...».

В соответствии с п. 2 указанной статьи «сделка, указанная в пункте 1 настоящей статьи, может быть признана арбитражным судом недействительной, если она совершена после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом или в течение одного месяца до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом».

В силу ст. 167 ГК РФ недействительная сделка не влечет юридических последствий, за исключением тех, которые связаны с ее недействительностью, и недействительна с момента ее совершения.

То есть если в ходе рассмотрения дела о несостоятельности арбитражный суд выявит, что должник после принятия судом решения о признании его банкротом либо в течение месяца до принятия такого решения заключил с одним из кредиторов сделку, которая повлекла нарушение очередности удовлетворения требований одних кредиторов перед другими: у заключившего такую сделку кредитора изменился порядок очередности удовлетворения его требований перед требованиями других кредиторов. Таким образом, данная сделка не соответствует требованиям закона и признается недействительной.

Данная правовая позиция вполне однозначно трактуется судами и применяется на практике.

Разумеется, вышеуказанное не является единственным способом оспорить сделку, заключаемую должником. Также ст. 61² Законом о банкротстве устанавливает возможность оспаривания подозрительной сделки. Сделка, совершенная должником в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления, может быть признана арбитражным судом недействительной при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной сделки, в том числе в случае, если цена этой сделки и (или) иные условия существенно в худшую для должника сторону отличаются от цены и (или) иных условий, при которых в сравнимых обстоятельствах совершаются аналогичные сделки

(подозрительная сделка). Неравноценным встречным исполнением обязательств будет признаваться, в частности, любая передача имущества или иное исполнение обязательств, если рыночная стоимость переданного должником имущества или осуществленного им иного исполнения обязательств существенно превышает стоимость полученного встречного исполнения обязательств, определенную с учетом условий и обстоятельств такого встречного исполнения обязательств.

В случае, если продажа имущества, выполнение работы, оказание услуги осуществляются по государственным регулируемым ценам (тарифам), установленным в соответствии с законодательством РФ, при определении соответствующей цены применяются указанные цены (тарифы).

То есть если в течение года до принятия заявления о признании должника банкротом либо после должник заключает сделку, условия которой существенно ухудшают положение должника, по сравнению со среднерыночными условиями, то такую сделку также возможно признать недействительной.

Таким образом, законодательство РФ о банкротстве, несмотря на многочисленные изменения, все же предусматривает возможность оспаривания сделок должника при рассмотрении дела о несостоятельности.

Р.В. Файзуллин,

аспирант кафедры гражданского права,
Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

Развитие взглядов Г.Ф. Шершеневича о физических лицах как субъектах несостоятельности¹

Взгляды профессора Г.Ф. Шершеневича относительно возможности признания несостоятельными физических лиц были отражены им в таких работах, как «Конкурсное право» и «Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс».

Г.Ф. Шершеневич писал: «Как вид исполнительного процесса, конкурсное производство возможно относительно всех тех лиц, против которых допускается взыскание в общем исполнительном порядке»². На этом основании он допускал возможность признания несостоятельными «лиц, лишенных общей гражданской дееспособности», несмотря на то, что сами они не могут совершать сделки, которые за них и в их интересе заключаются опекунами.

По его мнению, «несостоятельность является особым состоянием имущества, а не лица, которое признается его субъектом. Обеспечивая интересы лиц, неспособных распоряжаться самостоятельно своим имуществом, закон должен в равной мере обеспечить интересы и третьих, вступающих в сделки, необходимые для интересов лиц, состоящих под опекой... Если не допускать конкурсное производство

¹ Исследование выполнено при поддержке Министерства образования и науки РФ, соглашение 14.A18.21.0554.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. СПб., 1912. С. 211.

в отношении лиц, состоящих под опекой, потому только, что не они сами совершали сделки, которые довели их до несостоятельности, то с одинаковым основанием не должен быть допуская и общий исполнительный порядок, направленный на имущество подопечных»¹.

Как известно, ныне действующий Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) в гл. X предусматривает возможность признания несостоятельным гражданина, не являющегося индивидуальным предпринимателем².

Принятый Государственной Думой РФ в первом чтении Проект федерального закона № 105976-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования реабилитационных процедур, применяемых в отношении гражданина-должника»³ (далее — Проект) в п. 14 ст. 1 предусматривает в том числе принятие новой редакции главы X Закона о банкротстве. Согласно ст. 203 Закона о банкротстве в редакции, предлагаемой Проектом, при рассмотрении дела о банкротстве гражданина применяется реструктуризация долгов. Однако Проект не устанавливает каких-либо специальных правил в отношении дееспособности несостоятельного гражданина.

Стоит отметить, что Проект содержит норму, которая, даже если прийти к выводу о возможности применения процедуры реструктуризации в отношении недееспособных и ограниченно дееспособных граждан, делает для указанной категории граждан весьма затруднительным выполнение всех условий, необходимых для разработки плана реструктуризации долгов. Так, согласно предполагаемой новой редакции п. 1 ст. 214 Закона о банкротстве план реструктуризации долгов может быть представлен гражданином только в том случае, если последний имеет постоянный доход на дату представления плана реструктуризации долгов.

Представляется все же, что следует согласиться с профессором Г.Ф. Шершеневичем и прийти к выводу о том, что для целей производства по делу о несостоятельности личность должника не должна играть определяющего значения, а вопрос о возможности открытия производства по делу о несостоятельности должен быть обусловлен наличием определенного имущества, которое юридически обособленно от имущества других субъектов и которым несостоятельный должник согласно нормам материального права об ответственности отвечает перед своими кредиторами.

В немецком праве в силу прямого указания закона (предл. 1 абз. 1 § 11 Положения о несостоятельности 1994 г.⁴) физические лица относятся к числу конкурсопособных субъектов независимо от их возраста или прочих свойств лица⁵. Со-

¹ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. 2-е изд. Казань, 1898. С. 130; *Он же*. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. С. 211–212.

² Соответствующие положения о банкротстве граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, вступают в силу со дня вступления в силу федерального закона о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы (п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве).

³ См.: Официальный сайт Государственной Думы РФ (<http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=105976-6&02>).

⁴ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 // BGBl. I S. 2866.

⁵ По мнению Р. Борка, данное решение законодателя обусловлено обладанием физическими лицами как материальной правоспособностью, так и процессуальной правоспособностью (см.: *Bork R. Einführung in das Insolvenzrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. S. 14. Rn. 29*). С точки зрения других авторов, конкурсопособность физических лиц непосредственно связана только с их общей материаль-

ответственно, производство по делу о несостоятельности может быть открыто над имуществом любого (живого¹) физического лица. Данное обстоятельство обусловлено правовой природой производства по делу о несостоятельности, которое рассматривается в немецкой доктрине как *сводное исполнительное производство* (*Gesamtvollstreckungsverfahren*)².

Также известны взгляды Г.Ф. Шершеневича по вопросу о возможности открытия производства по делу о несостоятельности над имуществом умершего лица³.

Профессор Г.Ф. Шершеневич признавал данный прием законодателя «фикцией, искусственным сохранением имущественного единства путем сплочения юридических отношений около субъекта, не соответствующего какому-либо живому человеку» и считал, что речь идет о «замаскированном юридическом лице»⁴.

С его точки зрения, смерть должника не является препятствием для объявления несостоятельности. Если наследство еще *не принято*, субъектом, «объявляемым в положении несостоятельности», должно быть само *наследство, как юридическое лицо*. Когда же наследник вступил во все правоотношения, составляющие в совокупности наследство, несостоятельным будет *наследник*, хотя бы несостоятельность наступила вследствие долгов наследодателя и даже обнаружилась при жизни последнего⁵.

Однако далее Г.Ф. Шершеневич писал: «По аналогии с общим исполнительным порядком... необходимо признать, что при обнаружении несостоятельности наследства, *не принятого* еще наследниками, несостоятельным должен считаться *наследодатель*. Если же наследство было *принято*, то... несостоятельным должен быть принявший наследство *наследник*, если обнаружится, что он не в состоянии будет уплатить всех долгов, перешедших к нему от наследодателя и ставших уже его собственными»⁶.

В силу п. 2 абз. 2 § 11 вышеназванного Положения о несостоятельности 1994 г. производство по делу о несостоятельности может быть открыто над обособленным имуществом (*über Sondervermögen*), в том числе над *наследством* (*Nachlass*)⁷. На-

ной правоспособностью (Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung / herausgegeben von H.-P. Kirchhof. Bd. 1. München, 2007. § 11. S. 267. Rn. 11 (авторы комментария — Claus Ott и Mihai Vuia); Jaeger. Insolvenzordnung, Großkommentar. Erster Band / herausgegeben von W. Henckel, W. Gerhardt. Berlin, 2004. § 11. S. 303. Rn. 14 (автор комментария — Ulrich Ehrlicke)).

¹ Конкурсоспособность физических лиц начинается с момента окончания (Vollendung) рождения и заканчивается со смертью (головного мозга) лица. См.: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung / herausgegeben von K. Wimmer. Köln, 2011. § 11. S. 179. Rn. 39 (автор комментария — Ulrich Schmerbach); Kommentar zur Insolvenzordnung / herausgegeben von B.M. Kübler, H. Prütting. Bd. 1. Köln, 2012. § 11. S. 5. Rn. 11 (автор комментария — Hans Prütting).

² См., например: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung / herausgegeben von H.-P. Kirchhof. Bd. 1. Einleitung. S. 4. Rn. 1 (автор комментария — Rolf Stürner).

³ Такая возможность была прямо предусмотрена дореволюционным законодательством (см. ст. 5 приложения к ст. 1238 (прим. 1) ч. 1 т. X Свода законов Российской империи и п. 3 ст. 405 Устава судопроизводства торгового).

⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. С. 217.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право, 1898. С. 134. В своей более поздней работе Г.Ф. Шершеневич указал на то, что во втором случае наследник должен не только вступить во все правоотношения, составляющие в совокупности наследство, но и продолжать нести торговлю наследодателя (см.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. С. 215).

⁶ Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. 2-е изд., 1898. С. 136; Он же. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс. С. 218–219.

⁷ В обосновании к Проекту Положения о несостоятельности 1992 г., подготовленному Правительством ФРГ и положенному в итоге в основу принятого в 1994 г. Положения о несостоятельности, ука-

следство является предметом особого производства — производства по делу о несостоятельности над наследственным имуществом (*Nachlassinsolvenzverfahren*)¹. При этом спорным является вопрос об определении должника в таком производстве.

Так, в обосновании к проекту Положения о несостоятельности указано, что «должником» является само *наследство*². Данный подход нашел также отражение в отдельных актах судебной практики³.

Однако в литературе подобное указание законодателя называется «вводящим в заблуждение» (*irreführend*). Отмечается, что наследству функционально не принадлежит роль «должника». Наследство является обособленным имуществом, но не субъектом права. Тот, кто является носителем наследства (*Träger des Nachlasses*) и тем самым занимает положение должника, определяется исключительно на основании гражданско-правовых предписаний. Соответственно этому в производстве по делу о несостоятельности ограниченная наследством роль должника принадлежит наследнику или, если наследников несколько, наследственной общности (*Erbengemeinschaft*). Они действуют как носители объединенных в массе имущественных ценностей и наследственных обязательств⁴.

И.Н. Фардеева,

ст. преподаватель кафедры конституционного,
административного и международного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Становление института несостоятельности (банкротства) в дореволюционной России

Проблема формирования института несостоятельности (банкротства) в юридической науке дореволюционной России является актуальной и требует всестороннего и глубокого изучения. Обращение к российским историческим традициям гражданско-правового регулирования банкротства является необходимым, поскольку современный этап развития гражданско-правового регулирования банкротства —

зано, что в названном § 11 установлено, какие носители прав (*Rechtsträger*) и какие имущественные массы (*Vermögensmassen*) могут быть предметом (*Gegenstand*) производства по делу о несостоятельности (Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung. 1992. BT-Drucks. 12/2443. § 13 (= § 11 InsO) // <http://www.insolvenzrecht.jurion.de/meine-inhalte/sonstiges/materialien/rege-inso-1992/#rz348>).

¹ Согласно российскому законодательству смерть предпринимателя влечет прекращение производства по делу о его несостоятельности (банкротстве) на основании п. 6 ч. 1 ст. 150 АПК РФ (см., например, постановление ФАС Уральского округа от 7 сентября 2012 г. № Ф09-1147/12 по делу № А60-14066/2009 // СПС «КонсультантПлюс»).

² Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung. 1992. BT-Drucks. 12/2443. § 363 (= § 320 InsO) // <http://www.insolvenzrecht.jurion.de/meine-inhalte/sonstiges/materialien/rege-inso-1992/#rz1750>; BT-Drucks. 12/2443. S. 231.

³ LG Göttingen, Beschluss vom 10.10.2000 — 10 T 128/00 // ZInsO. 2000. S. 619—620.

⁴ Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung / herausgegeben von K. Wimmer. Köln, 2011. Vorbemerkungen vor § 315 ff. InsO. S. 2462. Rn. 29 (авторы комментария — Robert Schallenberg и Parwáz Rafiqpoor).

это не что иное, как новый виток развития норм, которые закладывались в России на протяжении XII–XX столетий¹.

Институт банкротства является сравнительно новым институтом в российском праве, однако, по мнению В. Юдина, уже в Древней Руси существовала нормативно-правовая основа для признания должников банкротами². Русская Правда впервые закрепила дифференцированный подход к оценке несостоятельности, введя нормы о суровой каре за злонамеренную несостоятельность, когда должник скрывался от уплаты долгов, а также установила порядок удовлетворения требований кредиторов³.

Русскую Правду включали в юридические сборники вплоть до XV в. И только в 1497 г. был издан Судебник Ивана III Васильевича, заменивший Пространную Правду в качестве основного источника права на территориях, объединенных в составе централизованного Русского государства⁴.

Нормы, содержащие статьи о банкротстве, можно обнаружить и в последующем законодательстве средневековой Руси. Например, ст. 55 Судебника 1497 г. регламентировала такой способ удовлетворения требований, как «выдати головою на продажу», т.е. кредитор мог или взять должника к себе во двор в качестве раба, или продать его. Однако допускалось урегулирование банкротства дружественным путем, что позволяло развиваться процедуре заключения мирового соглашения⁵.

Впоследствии была создана целая система норм о банкротстве, таких как Банкротский устав от 15 декабря 1740 г., Устав о банкротах от 19 декабря 1800 г., Устав о торговой несостоятельности от 23 июня 1832 г., которые и образовывали конкурсное право.

Гражданско-правовое регулирование банкротства оказалось делом достаточно сложным. Весомую роль в развитии становления института несостоятельности (банкротства) сыграл труд Г.Ф. Шершеневича «Учение о несостоятельности», который, по мнению П.Д. Иванова, справедливо признан наиболее полным и глубоким исследованием вопросов несостоятельности и банкротства из всех когда-либо опубликованных научных трудов в этой области цивилистики на протяжении всей истории развития гражданского права вплоть до сегодняшних дней⁶.

Под банкротством Г.Ф. Шершеневич понимал неосторожное или умышленное причинение несостоятельным должником ущерба кредиторам посредством уменьшения или сокрытия имущества, при этом необходимо выявление существенных признаков банкротства, так как уголовному преследованию подвергалась именно несостоятельность⁷. Необходимо отметить, что такие понятия, как «несостоятельность» и «банкротство», не соотносились, однако законодатель так и не сумел их четко разграничить.

¹ Становление и развитие института несостоятельности (банкротства) в Российской Федерации // http://www.advokatmamaev.ru/clauses/stanovlenie_i_razvitie_instituta_nesostoyatelnosti

² Юдин В. Что имеем – не храним ... // Правосудие в Восточной Сибири. 2002. № 1–2 (5, 6).

³ См. подробнее: Букреев В.В. Антикризисное управление / под ред. В.И. Кошкина. М., 1999. С. 308.

⁴ См.: Кутер М.И., Луговской Д.В., Тхаганко Р.А. Институт несостоятельности в России: исторический аспект // Экономический анализ: теория и практика. 2008. № 3.

⁵ См.: Дешко А.Э. Имущественный характер института несостоятельности // Аудит и финансовый анализ. 2007. № 4.

⁶ См.: Иванов П.Д. Становление и развитие института несостоятельности (банкротства) в странах Западной Европы и России (историко-правовой аспект): автореф. дис. ... к.ю.н. СПб., 2002.

⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс // http://www.nnov.rgtups.ru/files/uch_lit/dopmat

Анализируя несостоятельность, причины и критерии банкротства, Г.Ф. Шершеневич выделил два вида банкротства — простое и злостное. Конечной целью злостного банкротства было «искусственно сократить дивиденд, который приходился бы на каждого кредитора»¹. Также Г.Ф. Шершеневич высказывал мнение о том, что неоплатность и неплатежеспособность не являются противоположными элементами, а тесно между собой взаимосвязаны. Он считал неплатежеспособность внешней стороной неоплатности, т.е. выделял две стороны несостоятельности: внутреннюю — превышение пассивов над активами и внешнюю — прекращение платежей кредиторам. Следовательно, при использовании критерия неплатежеспособности приходится иметь дело с той же неоплатностью, только обнаруженной в ее внешней, более яркой форме².

Профессор Г.Ф. Шершеневич неоднократно высказывался о необходимости реформы существовавшей в дореволюционной России системы несостоятельности (банкротства). Одним из основных положений новой системы должен был быть переход к критерию неплатежеспособности, поскольку в основе действовавшего в то время Устава о несостоятельности 1832 г. использовался критерий неоплатности³. Однако Октябрьская революция 1917 г. помешала проведению в жизнь этой реформы.

А.В. Черкашин,

аспирант кафедры предпринимательского права,
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова

Значение идей Г.Ф. Шершеневича для современного процесса несостоятельности (банкротства) в РФ

С момента распада СССР и перехода России к рыночной экономике законодательство о несостоятельности (банкротстве) остается одной из самых острых проблем в российской цивилистике. На это указывает в том числе и тот факт, что федеральные законы о несостоятельности (банкротстве), сменяя друг друга, принимались неоднократно: действующий Федеральный закон от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) является третьим по счету с 1992 г., регулирующим эти отношения. Кроме того, в Закон о банкротстве постоянно вносятся множество изменений, в частности в конце декабря 2008 г. к нему было принято сразу более сотни поправок.

При этом изменения в Закон о банкротстве носят, как правило, не косметический, а комплексный характер, концептуально изменяя тот или иной институт (или институты), закрепленный в Законе о банкротстве. Например, в середине 2009 г. Закон о банкротстве дополнен главой 3¹, которой изменен подход законодателя к институту оспаривания сделок, совершенных должником до возбуждения в отношении него дела о его несостоятельности.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. IV: Торговый процесс. Конкурсный процесс // http://www.nnov.rgotups.ru/files/uch_lit/dopmat

² См. подробнее: Зубанов С.А. Эволюция системы несостоятельности в России // Вестник АГТУ. 2004. № 3.

³ См. там же.

Необходимость многих из принятых к российскому законодательству о несостоятельности изменений была подробно обоснована еще Г.Ф. Шершеневичем в его научных трудах о несостоятельности. т.е., возможно, многих проблем, возникших с применением законодательства о банкротстве за последние 20 лет, удалось бы избежать, если бы законодатель сразу учитывал идеи Г.Ф. Шершеневича в данной области. В этой связи научные разработки великого ученого представляют практический интерес и в наши дни, несмотря на то, что им уже более 100 лет. На некоторые наиболее важные из них и хотелось бы обратить внимание в настоящей статье.

Прежде всего, хотелось бы остановиться на признаках банкротства. Еще во времена Г.Ф. Шершеневича существовало два критерия несостоятельности должника. Первый критерий — превышение размера долга по его обязательствам над его имуществом (критерий недостаточности имущества), второй критерий — долг должника определенное время превышает некоторое пороговое значение (критерий платежной неспособности). Г.Ф. Шершеневич метко подметил, что в первом случае речь идет об установленном факте, во втором — лишь предположение¹. Использование критерия недостаточности имущества не соответствует интересам экономического оборота. Этот вывод Г.Ф. Шершеневич обосновывает с процессуальной точки зрения — недостаточность имущества гораздо сложнее доказать: суд должен много времени затратить на проверку размера имущества должника, которое может быть разбросанно на разных территориях (особенно в больших торговых предприятиях). В то же время когда у должника проблемы с оплатой его долгов, его кредиторы заинтересованы в скорейшем возбуждении процесса несостоятельности, пока должник не довел свое финансовое положение до еще более отрицательного состояния. Необходимость применения критерия платежной неспособности ученый обосновывает также ссылкой на действующее в тот момент законодательство о банкротстве Германии и Франции.

Действующий Закон о банкротстве (ст. 3) исходит из критерия платежной неспособности (в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей), однако далеко не сразу: к такому решению законодатель пришел только с принятием третьего в истории Российской Федерации закона о несостоятельности в 2002 г. До этого оба закона, регулирующие рассматриваемые отношения, исходили из критерия недостаточности имущества, что создавало большие проблемы в применении их на практике.

Заслуживает внимания позиция Г.Ф. Шершеневича относительно того, чем должен подтверждать свое требование кредитор, подавая заявление о признании должника банкротом. Согласно ч. 3 ст. 40 Закона о банкротстве кредитор должен приложить к такому заявлению вступившее в законную силу решение суда, которым установлено соответствующее денежное требование. Г.Ф. Шершеневич, со ссылкой на немецкое законодательство о несостоятельности, обосновывал, что для кредитора должно быть достаточным доказать лишь наличие самой задолженности².

Как известно, срок рассмотрения дела в исковом производстве по действующему АПК РФ составляет по общему правилу 3 месяца, кроме того, не следует забывать про 1 месяц для вступления состоявшегося решения арбитражного суда в законную силу и 2 месяца на рассмотрение дела в апелляционной инстанции. То есть кредитору может потребоваться потратить в общей сложности до 6 месяцев (при

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. 4. С. 162.

² См. там же. С. 241.

соблюдении всех сроков) на то, чтобы получить вступившее в законную силу решение суда, которым ему присуждается задолженность. Это большой срок, за который недобросовестный должник может вывести свое имущество из-под возможного обращения на него взыскания в процессе несостоятельности.

Более того, упомянутая ст. 40 Закона о банкротстве помимо судебного решения требует от кредитора прикладывать к своему заявлению доказательства оснований возникновения задолженности (товарно-транспортные накладные и т.п.). Зачем нужно прикладывать эти документы, если есть решение суда, где все эти доказательства уже прикладывались, оценивались судом и отражены в судебном акте? В то же время зачем кредитору тогда вообще нужно прикладывать решение суда к своему заявлению о признании должника банкротом о присуждении ему задолженности, если этому кредитору все равно нужно приложить документы, являющиеся доказательствами возникновения задолженности?

На наш взгляд, такое положение вещей в ст. 40 Закона о банкротстве оказывает такое же негативное воздействие на процесс несостоятельности, как использование критерия недостаточности имущества должника в качестве основания возбуждения в отношении него дела о банкротстве.

Важным преимуществом дела о несостоятельности еще во времена Г.Ф. Шершеневича являлась гораздо более широкая возможность оспорить сделки и иные действия должника, совершенные им до возбуждения в отношении него дела о банкротстве. В наше время иногда так случается, что кредитор получает исполнительный лист, а когда к должнику приходит пристав-исполнитель выясняется, что у этого должника нет никакого имущества, так как он незадолго до состоявшегося в пользу взыскателя решения суда распродал свое имущество, причем своим аффилированным лицам.

Федеральный закон от 2 октября 2007 г. «Об исполнительном производстве» содержит только одну норму, которой может в данном случае воспользоваться кредитор. В ст. 77 названного закона закрепляется возможность обращения взыскания на имущество должника, находящееся у третьих лиц. В этой связи взыскатель может оспорить сделки должника по отчуждению им его имущества аффилированным лицам по заниженной цене как притворные сделки и обратить на отчужденное имущество взыскание. Однако здесь взыскателю требуется доказать ряд фактов, в том числе недобросовестность должника и экономическую нецелесообразность совершенной должником сделки по отчуждению им имущества. В этой связи в арбитражной практике редко удовлетворяются подобные требования взыскателя. Гораздо удобнее для взыскателя пойти иным путем — подать заявление о признании должника банкротом, так как в силу ч. 1 ст. 61² Закона о банкротстве, сделки должника по отчуждению им своего имущества при неравноценном встречном исполнении со стороны контрагента могут быть оспорены в процессе несостоятельности. При этом закон не требует доказывать недобросовестность должника или контрагента, достаточно доказать лишь сам факт неравноценности встречного предоставления. Это и другие актуальные для дела о несостоятельности основания оспаривания сделок, совершенных должником до возбуждения в отношении него дела о несостоятельности, были внесены в Закон о банкротстве лишь в середине 2009 г.

Здесь интересно отметить, что еще Г.Ф. Шершеневич, сетуя на почти полное отсутствие института оспаривания сделок, совершенных должником до возбуждения в отношении него дела о банкротстве, указывал, что в немецком законодатель-

стве есть широкий перечень оснований для оспаривания таких сделок, в том числе сделки с неравноценным встречным исполнением¹. Ученый предлагал заимствовать этот опыт. Очень жаль, что эти идеи были воплощены в российском законодательстве только спустя 100 лет.

Более того, та же норма об оспаривании сделок с неравноценным встречным исполнением в ч. 1 ст. 61² Закона о банкротстве на сегодняшний день является менее совершенной, чем аналогичная норма в законодательстве Германии о несостоятельности времен создания ученым рассматриваемого труда (конец XIX в.!). Дело в том, что ч. 2 ст. 61² Закона о банкротстве предусматривает, что сделка с неравноценным встречным исполнением может быть оспорена, если она совершена за год до возбуждения в отношении должника дела о несостоятельности. Законодательство же Германии на момент создания Г.Ф. Шершеневичем своего труда содержало аналогичную норму, однако если контрагентом по сделке с неравноценным встречным исполнением выступало зависимое от должника лицо (в частности, родственники), то указанный срок увеличивался до двух лет.

Подводя итог вышесказанному, хочется отметить, что большинство идей Г.Ф. Шершеневича, пусть и с большим запозданием, все-таки нашли реализацию в современном цивилистическом процессе. Однако он писал свой научный труд в конце позапрошлого столетия и основывался на действующем в тот момент зарубежном опыте (особенно на немецком). На наш взгляд, труд ученого наталкивает на мысль, что для совершенствования правового регулирования действующего на сегодняшний день процесса несостоятельности нужно вновь обратиться к опыту зарубежных стран, особенно Германии.

Т.П. Шишмарева,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права,
Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

Г.Ф. Шершеневич о мировом соглашении в процедурах несостоятельности

В конкурсных отношениях по российскому законодательству всегда допускалось заключение мирового соглашения. Природа такого мирового соглашения оценивалась в доктрине неоднозначно. Так, Г.Ф. Шершеневич определял конкурсную мировую сделку как договорное отношение².

На наш взгляд, последующее развитие мирового соглашения в институте несостоятельности в законодательстве России XX–XXI вв. свидетельствует о том, что оно тяготеет к процессуальному институту — именно так трактует его и современный АПК РФ.

Мировое соглашение в производстве по делу о несостоятельности рассматривается в качестве договора (сделки)³, при этом речь идет именно о гражданско-пра-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 353.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С. 450.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). С. 344; *Севит Ю.П.* Мировое соглашение при банкротстве // Закон. 2003. № 8. С. 96–97.

вовом договоре — хотя и с некоторыми особенностями. При подобном понимании мирового соглашения предметом анализа становятся преимущественно материально-правовые отношения в ущерб процессуальным отношениям, в которых состоят кредиторы и должник, став субъектами судопроизводства.

Утвержденное судом мировое соглашение прекращает процесс и бесповоротно разрешает спор между сторонами, подобно тому, как и судебным решением, полагал Е.А. Нефедьев¹.

Мировое соглашение Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» регулируется как гражданско-правовая сделка, которая может быть расторгнута (ст. 164), а по Закону о банкротстве 1998 г. — даже признана недействительной (ст. 127), односторонний отказ от исполнения вступившего в силу мирового соглашения не допускается (п. 6 ст. 150).

Мировое соглашение в производстве по делу о несостоятельности рассматривают и как особую процедуру несостоятельности². Такое понимание основано на легальном определении мирового соглашения, которое дано в абз. 15 ст. 2 Закона о несостоятельности (банкротстве)».

И напротив, мировое соглашение в процедурах несостоятельности (банкротства) иногда не признается процедурой несостоятельности (банкротства)³.

Мировое соглашение в Законе о несостоятельности (банкротстве) именуется процедурой несостоятельности, хотя, на наш взгляд, к ней не может относиться. Полагаем, что мировое соглашение в делах о несостоятельности — это разновидность судебной процессуальной процедуры, которой прекращается производство по делу. Поэтому предложение авторов комментария Закона о несостоятельности (банкротстве) о переносе норм о мировом соглашении в гл. III Федерального закона «Разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде» является верным и соответствующим правовой природе мирового соглашения как процессуальной процедуры⁴.

Некоторые авторы отмечают двойственную природу мирового соглашения при несостоятельности должника. М.В. Телюкина подчеркивает, что «мировое соглашение является многосторонним договором и одновременно одним из способов прекращения производства по делу о банкротстве»⁵.

Мировое соглашение — это институт процессуального права, с помощью которого стороны правоотношения, спор о котором передан на рассмотрение суда, достигают определенного компромисса по поводу данного спорного материального правоотношения — предмета процесса.

Рассмотрим, насколько оправданно использовано законодателем понятие «мировое соглашение» с учетом субъектного состава участников соглашения, заключаемого в процедурах несостоятельности, и характера правоотношений между ними.

Так, Г.Ф. Шершеневич определял мировое соглашение, заключаемое в конкурсном производстве, как «соглашение, при наличии установленных законом усло-

¹ См.: Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1916. С. 400.

² См.: Попондопуло В.Ф. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей. СПб., 2001. С. 175–176; Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)», постатейный / под ред. В.Ф. Попондопуло. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 559.

³ См.: Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Витрянского. М., 2004. С. 620.

⁴ См. там же. С. 620.

⁵ Телюкина М.В. Конкурсное право: теория и практика несостоятельности (банкротства). М., 2002. С. 353.

вий, между несостоятельным должником и его кредиторами, которое имеет своей целью отсрочку или пропорциональное уменьшение требований»¹.

Определение мирового соглашения, предложенное Г.Ф. Шершеневичем, отражает существо возникающих отношений лишь между должником и его конкурсными кредиторами, в то время как действующий закон устанавливает возможность участия в мировом соглашении и уполномоченных органов.

Примирение должника и его кредиторов на основе мирового соглашения в производстве по делу о несостоятельности основано у Г.Ф. Шершеневича на возможности достижения соглашения (как и в исковом производстве), хотя при неплатежеспособности или несостоятельности субъекта окончание производства по делу посредством примирения сторон отличается значительными особенностями, существо которых позволяет усомниться в его тождественности мировому соглашению в исковом производстве.

При заключении соглашения с участием несостоятельного должника следует разграничивать по существу не одно, а два соглашения: одно — с конкурсными кредиторами, второе — с уполномоченными органами, поскольку в их основании лежат различные договоры. В процедурах несостоятельности гражданско-правовой договор, который является *элементом* мирового соглашения, урегулированного Законом о несостоятельности (банкротстве), может быть заключен в целях изменения содержания долга должника исключительно с *конкурсными кредиторами*, которые связаны с должником правоотношениями гражданско-правового характера. Мировое соглашение, заключенное в процедурах несостоятельности, может быть расторгнуто по основаниям его неисполнения или существенного нарушения его условий должником (абз. 2 п. 2 ст. 164 Закона о несостоятельности (банкротстве)), что служит доказательством того, что законодатель в процедурах несостоятельности рассматривает сделку не в качестве основания мирового соглашения. В случае неисполнения мирового соглашения должником оно не подлежит принудительному исполнению в отличие от мирового соглашения в исковом производстве.

В действующем Законе законодатель стремился усилить процедурные аспекты мирового соглашения между должником и его кредиторами, однако в полной мере этого не удалось сделать, хотя положения Закона о признании мирового соглашения недействительным из Закона изъяты.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, «конкурсная мировая сделка не имеет ни одного признака договорной мировой сделки...»². Г.Ф. Шершеневич предлагает несколько критериев для разграничения мировой сделки и конкурсной мировой сделки: по основаниям возникновения, по содержанию прав, служащих предметом соглашения, а также по наличию взаимных уступок³. Действительно, гражданско-правовая сделка заключается исключительно на основе добровольного волеизъявления сторон, чего может не быть для участников мирового соглашения в процедурах несостоятельности (банкротства).

Для конкурсного мирового соглашения характерны некоторые особенности волеизъявления как должников — юридических лиц, связанные с особенностями правового положения должника в процедурах несостоятельности, так и их кредиторов.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 344.

² См. там же.

³ См. там же.

Решение о заключении мирового соглашения принимается собранием кредиторов большинством голосов. Мировое соглашение будет считаться заключенным лишь при согласии всех кредиторов, чьи требования обеспечены залогом (п. 2 ст. 150 Закона о несостоятельности (банкротстве)). Волю конкурсных кредиторов и уполномоченных органов при подписании мирового соглашения выражает лицо, уполномоченное собранием кредиторов или представитель собрания кредиторов (п. 2 ст. 155 указанного Закона).

Таким образом, решение о заключении мирового соглашения принимает сообщество кредиторов, а не каждый кредитор.

В доктрине указанное обстоятельство подвергается анализу ввиду его противоречия волевому признаку сделки, а само существо соглашения рассматривается неоднозначно.

Г.Ф. Шершеневич обращался к исследованию правовой природы соглашения, ссылаясь на труды немецких цивилистов Шульце, Фиттинга и Эткера¹.

Изъявление воли большинством кредиторов на мировую сделку служит интересам должника, кредиторов, публичным интересам. Здесь необходимо учитывать главным образом процедурно-процессуальные особенности мирового соглашения. В конкурсном мировом соглашении должник со своими кредиторами осуществляют материально-правовое распоряжение, даже не имея спора между собой. Г.Ф. Шершеневич писал по этому поводу: «Между тем в конкурсной мировой сделке нет спорности, требования кредиторов совершенно определены и признаны...»². Для него несвойственны и взаимные уступки. Мировое соглашение в процедурах несостоятельности по своей правовой природе настолько отличается от классического мирового соглашения, что может быть определено, на наш взгляд, как иная примирительная процедура.

ТОРГОВОЕ ПРАВО

Л.В. Андреева,

д.ю.н., профессор кафедры предпринимательского права,
Московский государственный юридический
университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

Идеи Г.Ф. Шершеневича в современном торговом праве

Выдающийся цивилист и коммерциалист профессор Г.Ф. Шершеневич занимает видное место в плеяде видных дореволюционных российских ученых. Он оставил нам богатое творческое наследие. Его основные идеи восприняты современной наукой и получают развитие в соответствии с изменившимися социально-экономическими условиями. В России само понятие торгового права появилось позд-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1898. С. 408–410.

² Там же. С. 407.

нее, чем в таких развитых европейских странах, как Италия, Франция, Германия. Обособление торгового права от гражданского права произошло в связи с бурным развитием торговли уже в средневековой Италии, поскольку гражданское право оказалось неприспособленным «к быстрой эволюции общественных отношений, страдая чрезмерным формализмом и консервативностью»¹. Во многих европейских, а затем и иных странах в эпоху становления и укрепления капиталистических отношений торговое право и гражданское право стали развиваться параллельно, что получило название «дуализм частного права».

Г.Ф. Шершеневич рассматривал торговое право как специальную часть гражданского права, «которая стремится обособиться в научном и законодательном отношении»². Им отмечались специальные понятия и институты торгового права. Он писал, что место нахождения торгового заведения не всегда совпадает с местом жительства торговца; торговец имеет торговое имя (фирму), не всегда одинаковое с его гражданским именем; имеет обязанности, неизвестные гражданскому праву, имеет особую подсудность; имеет дело с «вещами», с которыми не имеет дело гражданское право (например, биржевые и товарные бумаги). Самостоятельность торгового права в качестве учебной дисциплины Г.Ф. Шершеневич объяснял «выдающимся общественным интересом к этой области отношений, сложностью последних, которая порождает практические затруднения»³.

В XIX в. наблюдалось взаимное влияние торгового и гражданского права в рамках частноправовых отношений, которое носило суборганизационный характер, поскольку правовой основой осуществления торговой деятельности служило гражданское право. Вместе с тем постепенно, по мере разработки специальных понятий и институтов торгового права, происходила «коммерциализация» гражданского права.

Изучая историю торгового права, мы отчетливо осознаем, что разработанные дореволюционными учеными основные понятия и институты торгового права служат научно-теоретической основой для разработки современных институтов гражданского, предпринимательского и торгового права. Так, понятие промысла как постоянного вида деятельности, направленного на получение дохода, имеет в своей основе общие черты с определением предпринимательской деятельности, предусмотренной в ч. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ. Торговый промысел осуществлялся «в одиночку» или лицами, объединившимися между собой в тот или иной «образ» товарищества. Разграничивалась гражданская и торговая дееспособность.

Различалась дореволюционным торговым правом оптовая и розничная торговля⁴, торговля в житейском широком смысле, т.е. вся деятельность, имеющая своим назначением устранение «разобщения в пространстве и во времени между производителем и потребителем», и в узком смысле, являющаяся предметом торгового права, а именно промысловая деятельность, направленная на посредничество в обороте товаров, т.е. деятельность, заключающаяся в покупке товаров с целью дальнейшей продажи без существенной переработки товаров.

¹ Авилов Г.Е. Содержание и соотношение гражданского и торгового кодексов в зарубежных странах: Избранное. М., 2012. С. 171.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М., 1994. С. 28.

³ Там же. С. 29.

⁴ См. там же. С. 26.

Торговый оборот рассматривался как совокупность юридических сделок, направленных на осуществление посреднической деятельности.¹ По мнению Г.Ф. Шершеневича, сделки, лишенные признака посредничества, не входят в торговый оборот, а являются составной частью экономического оборота. Экономический оборот рассматривался как часть гражданского оборота. Наиболее широким понятием считался гражданский оборот, поскольку он включает и безвозмездные действия².

Преемственность современных и дореволюционных понятий наблюдается и в отношении понятия предприятия. Торговое предприятие понималось в качестве совокупности имущественных и личных средств, соединенных для достижения торгово-хозяйственной цели по определенному плану³. Торговое предприятие как имущественный комплекс отделялось от иного имущества торговца.

Купцом (торговым деятелем) признавалось то лицо, которое занималось производством торговых сделок от своего имени. От купца как самостоятельного субъекта торговых отношений отличались лица, действовавшие в интересах купца (коммивояжеры, маклеры, агенты и др.), некоторые из которых согласно действующему законодательству рассматриваются в качестве посредников.

Следует отметить, что Г.Ф. Шершеневич высказывался о расширении сферы применения торгового права, распространении торгового права и на область всего экономического оборота. Он отмечал тесную связь торговых отношений с некоторыми отраслями экономического оборота, распространение торговых принципов на основные области экономического оборота.

В аспекте обозначенной темы конференции необходимо сказать, что в России в большинстве исторических периодов происходило достаточно сильное государственное воздействие на экономическую деятельность. Примерами может служить созданная по инициативе Петра I еще в 1715 г. Коммерц-коллегия, контролирующая ведение торговли, установление трех государственных монополий на водку, нахождение нескольких крупных товарных бирж в прямом подчинении государства. В основном источнике, регулирующем торговые отношения — Уставе торговом 1857 г., действовавшем в редакции 1903 г., в кн. 3 содержались торговые установления, под которыми имелись в виду учреждения и меры, «кои определены законом как способы к лучшему и успешнейшему движению торговых дел, как вне, так и внутри Империи»⁴. Эта книга содержала правила деятельности бирж и ярмарок, требования к ведению купеческих и маклерских книг, требования к мерах и весам, правила о торговле зерном, льном, пенькой, другими товарами. В нее были включены положения о съездах представителей промышленности и торговли, а также представителей торгового посредничества и др. Таким образом, в данной книге содержались в основном требования публично-правового характера к торговле.

Г.Ф. Шершеневич, рассматривая торговое право как частное право, вместе с тем признавал и существование публичного торгового права. К нему он относил государственное торговое право, определяющее правовое положение торговцев как одного из государственных сословий; административное торговое право, «нормы которого направлены на принятие мер, содействующих развитию торговой про-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М., 1994. С. 24.

² Там же.

³ См. там же. С. 70.

⁴ Там же. С. 42.

мышленности», нормирующих деятельность бирж, ярмарок; а также уголовное торговое право, содержащее уголовную ответственность за фальсификацию товаров и иные преступления¹.

Экономическая ситуация 90-х годов прошлого века наглядно продемонстрировала необходимость государственного вмешательства в рыночные отношения. При этом надо отметить, что степень и пределы государственного вмешательства являются одной из самых сложных задач, до конца не решенных юридической наукой. В торговле наличие публичных начал предусмотрено, в частности, Федеральным законом от 28 декабря 2009 г. «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», который регулирует две группы общественных отношений — отношения по организации торговой деятельности и отношения по осуществлению торговой деятельности. При этом беспрецедентным примером является вмешательство государства в договорные отношения, установление в изъятие из ГК РФ специальных правил, носящих преимущественно императивный характер, регулирующих договорные отношения по поставке продовольственных товаров в розничные торговые сети. Данный Закон вначале вызвал неоднозначную реакцию у бизнес-сообщества, но практика его применения показала, что введение публично-правовых правил в данный сегмент торговли вполне обоснованно и вызвано необходимостью защиты прав отечественных поставщиков продовольственных товаров и обеспечением баланса прав и интересов поставщиков и торговцев.

Необходимость государственного воздействия на торговые отношения появилась с резким обострением конкуренции на товарных рынках, кризисами перепроизводства, вызванными научно-техническим прогрессом и появлением промышленного производства. В середине XX в. произошла так называемая торговая революция, выразившаяся в смене диктата производителя диктатом потребителя, появлением различных отраслей и подотраслей экономической науки, разрабатывающих научно обоснованные методы увеличения объемов продаж товаров, экономически эффективные способы продвижения товаров от производителей к потребителям, изучающих потребительский спрос и предпочтения. В торговом праве, в котором первоначально господствовали частные начала, с необходимостью появились публично-правовые начала. В литературе отмечается, что «из ряда отраслей, которые вроде бы без особых сомнений причисляются к частному праву (предпринимательское, коммерческое и др.), буквально «выпирают», демонстративно и массивно, публичные начала»². Проиллюстрировать данный вывод можно примерами из договорных отношений.

Сфера договорных отношений традиционно относится к сфере частного права. Вместе с тем в современных условиях усложняются коммерческие связи, с необходимостью появляются новые виды договоров, в регулировании которых сочетаются как частные, так и публичные начала. Так, согласно общему правилу ч. 2 ст. 11 Федерального закона от 26 июля 2007 г. «О защите конкуренции» запрещаются вертикальные отношения, т.е. соглашения между хозяйствующими субъектами, являющимся продавцом и покупателем, если такие соглашения приводят или мо-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 27.

² См.: Мальцев Г.В. Частные и публичные начала в общественной и правовой жизни: научная доктрина и практика // Гражданское и торговое право зарубежных стран. М., 2004. С. 754.

гут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара; или такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя. Вместе с тем Закон исключает из числа вертикальных соглашений агентский договор (п. 19 ст. 4) и допускает соглашение, являющееся договором коммерческой концессии.

Следует отметить, что дистрибьюторский договор имеет одинаковую цель с агентским договором и договором коммерческой концессии — продвижение и организация сбыта товаров поставщика на оговоренной договором территории, однако поскольку он является непоименованным, на него не распространяются исключения из правила о запрете вертикальных соглашений, вследствие чего права сторон такого договора являются менее защищенными, чем права сторон агентского договора и договора коммерческой концессии.

Н.А. Баринов,

д.ю.н.,

профессор кафедры гражданского и семейного права,
Саратовская государственная юридическая академия

Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича на торговое право и современность

Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича представляют собой солидную разработанную теоретическую базу, охватывающую различные направления и проблемы отечественного права, в том числе в формировании и развитии российской цивилистической науки, российского гражданского и торгового права, значимость которых для современности невозможно рассматривать в одной небольшой статье.

Исследование торгового права он начал не с анализа правовых норм, а с тех фактических торговых отношений, которые возникали в обществе между людьми по поводу материальных благ. Вызывают восхищение его четкие, простые и ясные определения торговли, торгового, экономического и гражданского оборотов и их соотношение. Торговлей называется деятельность, имеющая своей целью посредничество между производителями и потребителями при обращении экономических благ. Торговый оборот составляет совокупность юридических сделок, направленных к осуществлению описанной посреднической деятельности. Торговый оборот является составной частью экономического оборота, а последний входит в гражданский оборот, являющийся наиболее широким понятием¹.

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права* (по изд. 1994 г.) / предисл. Е.А. Суханова. М., 1994. С. 24.

Предельно четко определена задача торговли — в доставке блага к тому месту и к тому времени, где и когда возникает спрос со стороны потребителей¹.

Материальные блага — продовольственные товары, жилье, медицинский уход (лечение), различные услуги — это самые необходимые, насущные, естественные потребности для физического существования человека. Однако формирование указанных потребностей и доставление их до потребителя происходят в сфере имущественных отношений и имущественных прав, регулируемых гражданским правом и его подотраслью — торговым правом.

Исходя из содержания имущественных отношений и их взаимодействия с общими положениями о потребностях сделан вывод о придании материальным потребностям имущественного характера, что явилось основанием формирования впервые в науке категории «имущественные потребности» как инновации, как научного и экономического понятия. А разработанная категория «имущественные потребности» явилась научной базой и обоснованием приоритетного (нового) направления в науке гражданского права, а затем создания авторской теории имущественных потребностей в материальных благах — в товарах, жилище, работах и услугах и правовых средств их обеспечения.

Данная теория и правовые средства разработаны в докторской диссертации «Гражданско-правовые проблемы удовлетворения имущественных потребностей советских граждан», защищенной в диссертационном совете при Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова², признаны и одобрены Российской академией наук (РАН), Национальной академией правовых наук Украины и более чем 20 ведущими вузами России.

Сущность данной теории и правовых средств заключается в обеспечении и удовлетворении потребностей граждан и их объединений предметами первой необходимости — продовольственными и промышленными товарами, работами, жильем, услугами, гарантирующими достойную жизнь, необходимый жизненный уровень и нормальную жизнедеятельность человека, граждан и их объединений.

Теория распространилась на другие сферы, в частности на социальную сферу³, предусматривающую социальное обслуживание, обеспечение на случай болезни, инвалидности, наступления старости и т.д.

Наряду с категорией «имущественные потребности» создана, как инновация, концепция гражданско-правовых средств обеспечения удовлетворения имущественных потребностей, которые определяются как юридические возможности, заложенные в нормах гражданского права, его институтах и подотраслях, таких как торговое право. Наиболее важными и распространенными правовыми средствами являются: правосубъектность, имущественные права, осуществление и защита прав, сделки, в том числе торговые сделки, право собственности, обязательства, договоры и др.

Таковы некоторые положения цивилистического учения о потребностях и правовых средствах их обеспечения в современных условиях, с учетом научных воз-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права (по изд. 1994 г.) / предисл. Е.А. Суханова. М., 1994. С. 24.

² См.: *Баринов Н.А.* Гражданско-правовые проблемы удовлетворения имущественных потребностей советских граждан: дис. ... д.ю.н. М., 1988.

³ См.: *Барков А.В.* Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2008.

зрений профессора Г.Ф. Шершеневича на торговлю и торговое право, как составной части гражданско-правовых средств.

Что же касается частного и публичного в торговом праве, то современные учения о конвергенции частного и публичного права созвучны с научными воззрениями Г.Ф. Шершеневича по данной проблеме. В частности, он отмечал, что, порождая известные отношения между государством и лицами, посвящающими свою деятельность торговле, последняя дает почву для публичного торгового права. И далее: при усилившихся в настоящее время экономических связях государств, возникает международное торговое право, регулирующее, с одной стороны, отношения по торговле одного государства к другому и отношения каждого из них к подданным другого, с другой — взаимные отношения подданных разных государств как частных лиц¹.

С учетом изложенного делается вывод о том, что международное торговое право отличается смешанным характером — отчасти публичным, отчасти частным. Поэтому торговые отношения наряду с гражданским правом дают главное содержание частному международному праву, при этом не исчерпывают его вполне².

По поводу соотношения частного и публичного М.М. Агарков писал: «История права дает нам различные примеры комбинации публично-правового и частноправового элементов. Соотношение того и другого зависит от хозяйственных условий и социальной психологии эпохи. Та или иная комбинация будет всегда самым лучшим показателем характера общественного строя определенного периода истории»³.

Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича являются исходным началом, базой современных исследований о соотношении частного и публичного в праве. Российская цивилистическая наука в условиях проведения правовой реформы, модернизации гражданского законодательства и внесения инноваций обогатилась новой теорией — теорией конвергенции частного и публичного права, автором которой является Н.М. Коршунов⁴.

Термин «конвергенция» в переводе с латинского означает «приближаюсь», «схожусь», т.е. речь идет о сходстве и приближении или сближении частного и публичного права, о проникновении отдельных норм публичного права в частное и наоборот, но не полного их слияния.

Частное и публичное право — это самостоятельные подразделения системы права, существуют объективно с присущими им методами регулирования общественных отношений, и никакой угрозы их слияния или превращения в право комплексного характера не существует. Используются лишь в сочетании частноправовые и публично-правовые элементы для наиболее оптимального регулирования общественных отношений.

С позиции науки и практики конвергенция представляет собой систему основных идей, положений и выводов, связанных с пониманием российского права как права частного и публичного, что влечет за собой необходимость, а можно сказать, потребность оптимизации соотношения и взаимодействия частноправового и публично-правового регулирования и сфер применения норм двух указанных подразделений системы права.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 27–28.

² См. там же. С. 28.

³ Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 2. С. 39.

⁴ См.: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011.

Теория конвергенции — это научно обоснованная теория сочетания частноправового и публично-правового регулирования общественных отношений в современных условиях, в условиях рынка, рыночных отношений, господства частной собственности и вступления России во Всемирную Торговую Организацию (ВТО). Теория, в которой нашли отражения научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича на торговое право и в целом на частное и публичное право.

Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича дают нам возможность объективно оценить достижения прошлого, оптимально использовать их в настоящем и наметить перспективу на будущее.

И.Е. Кабанова,

к.ю.н.,

преподаватель кафедры гражданского и семейного права,
Московский государственный юридический
университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

Торговое право или вновь к вопросу о дуализме

Деление права на публичное и частное рассматривается в современной правовой науке как основополагающее, обусловленное природой регулируемых общественных отношений, несмотря на подвижность границы между частным и публичным правом, опыт построения публичных правоотношений на координационных началах и внесение субординационных начал в частные сферы.

Различия природы общественных отношений, являющихся предметом правового регулирования, и различия положения субъектов — равное или подчиненное предопределяют разницу методов такого регулирования — диспозитивного или императивного и обосновывают деление системы права на частное и публичное.

Однако если деление права на частное и публичное основано на принципиальном противоречии между частными и публичными интересами, а взаимовлияющее, но раздельное существование названных подсистем прошло проверку временем и признается во многих правовых порядках, можно ли по этому же принципу проводить деление внутри частного права?

Гражданское законодательство РФ основано на концепции единства гражданского права. Предпринимательские отношения (между или с участием предпринимателей) определенно признаются ГК РФ предметом гражданского права, но предпринимательская деятельность регулируется отнюдь не только нормами гражданского права. Являясь объектом комплексного правового регулирования, она регламентируется также нормами административного, финансового, налогового права.

Аналогичный подход применяется к торговой деятельности и торговым отношениям. Торговая деятельность является разновидностью предпринимательской деятельности. Она опосредует торговлю и направлена на систематическое получение прибыли путем продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг на рынках с целью продвижения товаров от изготовителей к потребителям.

О правовом регулировании торговли Г.Ф. Шершеневич писал: «Насколько торговля составляет предмет постоянного занятия известных лиц и насколько закон соеди-

няет с подобным занятием известные права и преимущества для данного сословия, нормы этого публичного права входят в состав государственного торгового права»¹.

Однако под торговым правом в собственном смысле слова понималась специальная часть, особый отдел гражданского права, регулирующий отношения, возникающие между частными лицами по поводу торговли. Торговое право в до-революционной России представляло собой систему норм частного права, применяемую «к той области народнохозяйственной жизни, которую закон признает торговлей»².

И такое восприятие торгового права независимо от разрешения вопроса о месте торгового законодательства, представленного системой нормативных актов, содержащих нормы частного и публичного права.

В современных российских условиях отрасль законодательства — гражданского, предпринимательского, торгового — представляет собой комплексное образование, содержащее нормы разных отраслей права. Но если нормы не отменяют и не изменяют общих норм гражданского права, а лишь конкретизируют их или развивают применительно к определенной сфере общественных отношений (торговля), они не составляют корпуса норм самостоятельной отрасли права — торгового права³.

Нормативной основой частного права является ГК РФ, находящийся в длительном процессе реформирования. Многие положения ГК РФ рассчитаны на регламентацию отношений с участием профессиональных коммерсантов в качестве одной из сторон или в качестве обеих сторон. От принятия Торгового либо Предпринимательского кодекса российский законодатель воздержался. Насколько такое решение отвечает современным потребностям?

В странах Центральной и Восточной Европы либо не так давно были приняты новые кодексы, либо подходит к завершению процесс их принятия. За исключением Украины, где в 2004 г. одновременно вступили в силу Гражданский и Хозяйственный кодексы, иные страны при проведении реформы основываются на монистической концепции частного права.

В Чешской Республике в 2012 г. произошел отказ от дуализма кодексов в частном праве и был принят единый ГК, вступающий в силу в 2014 г. В Словакии на смену Гражданскому и Торговому кодексам 1991 г. готовится новый ГК, включающий в себя нормы торгового законодательства.

С начала 90-х годов прошлого века процесс реформирования законодательства проходит в Польше. Кодификационной комиссией гражданского права при Министерстве юстиции была подготовлена так называемая «Зеленая книга» (*Zielona Księga*)⁴, которая предусматривает, что ГК не будет содержать норм Торгового закона и Закона о защите потребителей, но все торговые договоры будут подчинены регулированию норм гражданского законодательства.

ГК Венгрии, вступающий в силу в 2014 г., также является единым нормативным актом частного права, соединяющим в себе и нормы гражданского, и нормы торгового права.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. В 4 т. Т. 1. СПб., 1908. С. 54.

² Там же. С. 61.

³ См. подробнее: Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 81.

⁴ http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/kkpc/zielona_księga.pdf

В Румынии с принятием в 2010 г. ГК также введена единая система регулирования общегражданских и торговых сделок. Независимо от того, являются ли стороны в правоотношениях предпринимателями или нет, обязательства между ними будут считаться гражданско-правовыми¹.

В течение как минимум последних 20 лет идет обширная работа по созданию единого Европейского гражданского кодекса. Показательно, что в течение всего процесса сближения частного права стран – участниц ЕС наибольших успехов удалось добиться при унификации коммерческого законодательства (Принципы международных коммерческих договоров, Принципы европейского договорного права), что, однако, не преобразовало задачу по подготовке проекта Гражданского кодекса в задачу по созданию Коммерческого кодекса. Это является дополнительным аргументом в пользу единства частного права, основанного на принципах и нормах права гражданского, которые модифицируются для регулирования отношений с участием специальных субъектов, имеющих специфические цели.

Благодаря объединению частного права в одной подсистеме права становится очевидной общность начал, лежащих в основании частного права, отмечал выдающийся отечественный исследователь истории обособления торгового права В.А. Удинцев².

Монистическая модель регулирования отношений в сфере предпринимательства и торговли, воспринятая законодателем многих европейских стран, подчеркивает богатый арсенал методов правового регулирования, которым обладает гражданское право. Их многообразие и сочетание позволяют осуществлять воздействие на различные общественные отношения, руководствуясь основополагающими частно-правовыми принципами, которые предполагают самостоятельность и инициативность субъектов, их автономность в постановке целей и выборе путей их реализации.

О.А. Серова,

д.ю.н., доцент,

зав. кафедрой предпринимательского
и международного частного права,
проректор по учебной работе и качеству,
Самарская гуманитарная академия

Коммерческое (торговое) право как учебная дисциплина: проблемы содержания

С 1994 г. в России вновь широчайшую известность получило имя профессора Г.Ф. Шершеневича. Можно смело заметить, что именно переиздание основных трудов этого выдающегося дореволюционного ученого в постсоветской России, только вставшей на путь масштабных социально-экономических и политических

¹ См. подробнее: *Алунару К.* Реформа гражданского права в Румынии // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 270–301.

² См.: *Удинцев В.А.* История обособления торгового права. Киев, 1900.

преобразований, явилось для многих отправной точкой в становлении современного частного права.

Труды Г.В. Шершеневича не просто оказались знаком возврата к прошлым достижениям отечественной цивилистики. Произошло изменение сознания в среде юристов, в том числе и в преподавательском сообществе. Учебники Г.Ф. Шершеневича по гражданскому и торговому праву стали настольной книгой исследователей, изучающих современные проблемы частноправового регулирования, преподавателей и студентов.

В подавляющем большинстве случаев в учебные планы по специальности «Юриспруденция» с начала 90-х годов XX в. были включены три дисциплины: гражданское право, предпринимательское право и коммерческое право. Несмотря на существование различных научных школ, базовых учебников (только-только появлявшихся в то время и еще сохранявших преемственность в отношении прежних воззрений), многие преподаватели, особенно молодые, в основу методического обеспечения собственной научно-педагогической деятельности положили идеи, отраженные в работах Г.Ф. Шершеневича.

С 90-х годов прошлого века начинается бум юридического образования в стране, в условиях недостатка опытных преподавателей, обновления (а в большинстве случаев становления) научно-методических школ в вузах, обращение к лучшим образцам российской науки дореволюционного периода становится базой и основой качественной учебной, методической и научной деятельности.

Указанное развитие событий во многом было предопределено. В своем предисловии к «Учебнику торгового права» профессор Е.А. Суханов верно заметил, что «дореволюционная российская правовая наука и особенно – ее дореволюционная ветвь имели высочайший уровень развития, органически вобравший в себя как лучшие зарубежные образцы и аналоги, так и результаты чрезвычайно интересного отечественного опыта, вытекавшего из особенностей российской государственности»¹.

Данный опыт стал основой в построении учебных курсов, ориентированных на изучение частного права. Главнейшей задачей являлось четкость в выборе и подаче учебного материала, отражение особенностей предпринимательского (торгового) законодательства в содержании учебных дисциплин. В условиях непрекращающихся споров о месте и роли предпринимательского (хозяйственного, коммерческого, торгового) права в правовой системе России крайне важно было оставаться на цивилистических позициях построения частного права.

Г.Ф. Шершеневич убедительно доказал необходимость и значение торгового права как учебной дисциплины, являясь при этом противником дуализма частного права. Он определял торговое право как «совокупность норм частного права, имеющих ближайшее соприкосновение с торговым оборотом. Это определение границ изложения, не претендуя на научную точность, соответствует потребности, вызвавшей самостоятельное преподавание этого предмета»².

Обращает внимание общая структура излагаемого материала. Несмотря на то, что работа ученого была написана более 100 лет назад, ее логика, совокупность элементов не потеряли своей актуальности. Выводы ученого легли в основу кон-

¹ Суханов Е.А. Вступительная статья // Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М., 1994. С. 1.

² Там же. С. 29.

цепции преподавания коммерческого права во многих вузах. Хотелось бы выделить несколько принципиальных моментов, определяющих данную концепцию.

1. Невозможно определить торговое право с расчетом на научную точность.

При определении содержания курса, естественно, кафедра может и должна ориентироваться и на те научные школы, которые доказывают самостоятельность науки коммерческого права. Ключевое место занимает в данном ряду школа Б.И. Пугинского¹.

2. При решении вопроса о поддержке или отрицании дуализма частного права необходимо считаться с требованиями времени, требующего установления полного единства частного права.

Данная установка в последнее время несколько скорректирована, прежде всего развитием идеи о конвергенции гражданского и предпринимательского законодательства. Происходит переосмысление содержания термина «публичность» в праве. Это не просто отражение публичных интересов. Публичность становится сферой формирования «условий нормального существования и деятельности людей, их организаций, предприятий и общества в целом, коллективной самоорганизации, саморегулирования и самоуправления»².

3. Г.Ф. Шершеневич обосновал, что отличие торговых сделок от общегражданских основывается не на особенности их юридической природы, а только на цели, которой они служат.

Следование этому подходу позволяет сформировать у студентов к окончанию процесса обучения четкое представление о системе гражданско-правовых договоров, в том числе и с учетом предпринимательских договоров.

На наш взгляд, обращение к трудам профессора Г.Ф. Шершеневича еще не раз может оказать существенное влияние на развитие современной правовой науки в России. Представляется целесообразным творческое осмысление и актуализация выводов ученого об основных признаках субъектов торгового (предпринимательского) права. Если в тексте ГК РФ содержится указание на систематичность извлечения прибыли, то Г.Ф. Шершеневич более верно указывает на намерение лица осуществлять предпринимательскую деятельность в виде промысла, т.е. «деятельность, направленную на приобретение материальных средств посредством постоянного занятия. Эта деятельность рассчитана на неопределенное число актов, составляющих источник дохода»³.

Также четко в работе Г.Ф. Шершеневича сформулирован предмет промысла — совершение торговых сделок. Многие проблемы современной цивилистики (как, например, разграничение коммерческих и некоммерческих организаций) обусловлены отсутствием четких ориентиров на особый предметный характер коммерческой (предпринимательской) деятельности. Не менее актуальными являются и определения торгового предприятия как «совокупности личных и имущественных средств, соединенных для достижения известной торгово-хозяйственной цели по определенному плану»⁴, фирмы, разграничение по функциональному при-

¹ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2005.

² Концептуальные основы конвергенции правовых систем евразийских государств в условиях глобализации / Eurasian Legal Portal (Евразийский юридический портал) // www.eurasialegal.info

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 61.

⁴ Там же. С. 70.

знаку лиц, содействующих торговле. Эти аспекты могут стать теоретической базой для проведения научных исследований в магистратуре, ориентированной на проблемы предпринимательского и коммерческого права.

Таким образом, труды Г.Ф. Шершеневича действительно способствуют «воспитанию нового поколения серьезных юристов, готовых к работе в условиях нормальной рыночной экономики»¹, становятся методологической базой современной профессиональной подготовки.

Ю.С. Харитонова,

д.ю.н., доцент, ведущий научный сотрудник,
Научно-исследовательский центр,
Московская академия экономики и права

Учение профессора Г.Ф. Шершеневича о торговом праве как доктрина деления права на частное и публичное

Профессор Г.Ф. Шершеневич за время своей творческой жизни разработал бесчисленное множество правовых вопросов, глубина содержания его научных исследований и учебных курсов до сих пор является источником размышлений и требует оценки современными учеными.

Одной из таких идей, на наш взгляд, является разделение торгового права на частное и публичное. В своем знаменитом «Курсе торгового права» Г.Ф. Шершеневич написал: «Соприкасаясь с различными сторонами правовой жизни народа, торговля затрагивает разные отделы системы права. Прежде всего она порождает известные отношения между самим государством и лицами, отдающимися торговой деятельности. Насколько торговля составляет предмет постоянного занятия известных лиц и насколько закон соединяет с подобным занятием известные права и преимущества для данного сословия, нормы этого публичного права входят в состав *государственного торгового права*»². К публичному торговому праву ученый также отнес административное торговое право, уголовное торговое право и финансовое торговое право.

Профессор Г.Ф. Шершеневич определил торговое право как совокупность норм частного права, предназначенных для регулирования торгового (коммерческого) оборота, т.е. для взаимоотношений профессиональных предпринимателей (коммерсантов). Таким образом, публичное торговое право, по Г.Ф. Шершеневичу, — это нормы, регулирующие отношения между государством и лицами, осуществляющими торговую деятельность. Таковы нормы, определяющие правовое положение индивидуальных предпринимателей, банков, бирж и т.п., меры административного воздействия на торговую деятельность, признание предпринимателей несостоятельными (банкротами). Частное торговое право регулирует отношения, воз-

¹ Суханова Е.А. Указ. соч. 1994. С. 15.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 43.

никающие по поводу торговли между частными лицами. В этом смысле оно представляет собой специальную часть гражданского права.

Такой взгляд на право в некоторой степени связан с общим современным представлением об учении Ульпиана. Широко известно высказывание древнеримского юриста о том, что публичное право есть то, которое относится к положению Римского государства, тогда как частное — к пользе отдельных лиц¹. Публичное право — это область государственных дел, а частное право — область частных дел. Современные ученые подчеркивают условность данного подхода: «Это деление предлагалось Ульпианом для наилучшего изучения системы римских законов и в целях правоприменения. Оно включало в себя такой классификационный признак, который в условиях современного разветвленного законодательства нуждается в новом научном осмыслении»².

Современные специалисты в сфере римского права убеждены, что хотя сегодня понятие частного права противопоставляется публичному праву, древние римляне рассматривали правовую систему в синкретичном единстве, выделяя различные аспекты юридических институтов в зависимости от той социальной роли, в которой выступали субъекты правоотношений, и от того, какой общественный авторитет обеспечивал нормативный характер типичных связей между людьми. Если речь шла об отношениях между отдельными (*privatus*, от *privus* — лишенный, отделенный) лицами, отстаивавшими свои индивидуальные или семейные интересы, то такие отношения трактовались как частные, а формализованная воля субъектов, определявшая режим их связей, считалась частным законом — *lex privata*. Если же отношение затрагивало интересы римского народа квиристов (*populus Romanus Quiritium*) как целого, то оно рассматривалось с точки зрения публичных интересов, а его нормативной основой выступала формализованная воля всего народа — *lex publica* (публичный закон). При этом строго национальное по составу участников право римской гражданской общины (*civitas*) — *ius civile* — было для римлян «квиритским» и обозначало общеобязательные и публично значимые (в смысле *lex publica*) правовые основы и пределы для частноправовых отношений³.

Подход профессора Г.Ф. Шершеневича предлагает нам задуматься об ином взгляде на данный вопрос. Исходя из изложенного выше, можно сделать вывод о делении ныне существующих так называемых комплексных отраслей законодательства на частное и публичное, как это делал в свое время Г.Ф. Шершеневич в отношении торгового права.

На наш взгляд, такой подход может быть положен в основу представления о системе права России на современном этапе. Профессор Г.Ф. Шершеневич, говоря о торговом праве, указывал на нормы, т.е. закон. Закон и право, вытекающее из закона, представляют собой хотя и органически связанные, но различные юридические явления⁴. Разделение закона и права позволяет делать соответствующие выводы. Например, предпринимательское право может быть представлено как соединение двух больших его частей: частного и публичного. Причем примени-

¹ Ульпиан. Дигесты, I.1.1.2.

² Подшибякин Д.Н. Правосубъектность хозяйствующих объединений (на примере финансово-промышленных групп): дис. ... к.ю.н. М., 2005.

³ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 1996.

⁴ См.: Иванов В.И. Избранное. М., 2012. С. 160 и далее.

тельно к рассматриваемому вопросу эти части необходимо рассматривать в качестве взаимосвязанных, но самостоятельных частей предпринимательского законодательства.

Традиционными критериями деления права на отрасли в советской и российской правовой науке назывались предмет и метод, основные начала правового регулирования. Однако с изменением ситуации такое деление все более устаревает. Например, на современном этапе новые инвестиционные задачи участников оборота, экономическая необходимость развития системы корпоративного управления (*corporate governance*), которая обусловлена передачей участниками (акционерами) полномочий по непосредственному управлению обществом наемным лицам, и создание системы органов управления, в которую входят не только сами участники (акционеры), послужили стимулом для развития корпоративного права. При этом корпоративное право признается частью частного права в любой стране. И как только появилась необходимость в управлении совместными действиями, то элемент подчинения становится уже неизбежным¹. В развитых общественных системах частные и публичные отношения можно разграничить по признаку той автономии, которую государство определяет для своих граждан. Но сегодня происходит расширение сферы действия гражданского законодательства. Мы видим в новой редакции ст. 2 ГК РФ указание на корпоративные отношения как сферу регулирования гражданского законодательства, хотя подчинение меньшинства воле большинства, в том числе при проведении корпоративных собраний, как раз отличает право корпоративное от традиционного гражданского права.

Таким образом, и предмет права, и методы правового регулирования сегодня не могут служить конституирующими принципами деления права на отрасли. Поэтому в современных условиях логичным представляется разделение права не на отрасли, а на две основные ветви — право публичное и частное, в которых могут содержаться правила гражданского, предпринимательского, торгового, семейного, трудового, жилищного законодательства, имеющие либо публичный, либо частный характер.

Существенные изменения социального назначения, содержания и функциональной направленности действующих в государстве юридических норм оказывают непосредственное воздействие на состояние и развитие системы права и его внутреннего строения. Сегодня важной представляется проблема иного, чем в СССР, деления права, а именно на частное и публичное².

Право делится на две ветви: частное и публичное, а выделение отраслей допустимо только в отношении законодательства либо в целях преподавания. Тем более что на сегодняшний день практически в каждой отрасли отечественного права содержатся нормы, так или иначе связанные с экономической политикой государства³, т.е. нормы публичного права. В ГК РФ мы обнаруживаем увеличение объема норм, регулирующих процедуру и имеющих публично-правовой характер, в то время как в налоговом законодательстве появляются нормы, регулирующие

¹ См.: Чеховская С.А. Корпоративное право России: предмет и проблемы преподавания // Предпринимательское право. 2011. № 1. С. 8–10.

² См.: Иванов В.И. Указ. соч. С. 163–167.

³ См.: Беляева О.А. Предпринимательское право: учеб. пособие / под ред. В.Б. Ляндреса. 2-е изд., испр. и доп. М., 2009.

частные отношения (например, договор о создании консолидированной группы налогоплательщиков).

Современные авторы признают, что предпринимательское право, жилищное, природоресурсное несет на себе отпечаток публичности, но в несколько более широком значении, чем это представлено в «Курсе торгового права» Г.Ф. Шершеневича, поскольку торговля является всего лишь частью предпринимательской деятельности. Например, профессор В.С. Белых считает, что предпринимательское право есть конгломерат частноправовых и публично-правовых начал в регулировании общественных отношений¹. Он подчеркивает, что влияние государства на рыночную экономику не может ограничиваться только определением правил поведения хозяйствующих субъектов.

Таким образом, становление и развитие земельного, аграрного, природоресурсного и экологического законодательства, а также некоторых других обусловлены воздействием двух начал: публично-правового и частноправового. На стыке публичного и частного права происходит, по нашему мнению, формирование и предпринимательского права как дуалистической системы. Это позволяет говорить о частном и публичном предпринимательском праве, частном и публичном жилищном праве и т.д.

КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО

О.А. Воробьева,

аспирант, Академия управления «ТИСБИ»

К вопросу о гражданско-правовом регулировании цены в условиях рынка несовершенной конкуренции

В процессе адаптации нормативной правовой базы к изменившимся экономическим реалиям, с принятием части первой ГК РФ российский законодатель принял попытку урегулировать на уровне общих норм вопросы, касающиеся цены.

Так, согласно п. 1 ст. 424 ГК РФ исполнение договора оплачивается по цене, установленной *соглашением сторон*, за исключением предусмотренных законом случаев, когда применяются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), *устанавливаемые или регулируемые* уполномоченными на то государственными органами.

Помимо указанного положения в действующем законодательстве приводятся следующие определения цены:

— в Основях ценообразования в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации² указано: «*цена электрической энергии*» — стоимость

¹ См.: *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России: монография. М., 2009.

² Постановление Правительства РФ от 26 февраля 2004 г. № 109 (с изм. от 7 декабря 2005 г.) «О ценообразовании в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 791.

единицы электрической энергии с учетом стоимости мощности, не включающая стоимость услуг по ее передаче и иных соответствующих услуг;

– согласно ст. 3 Федерального закона «О ценовой политике в Российской Федерации», «цена (тариф)» – выраженная в валюте РФ стоимость единицы товара;

– Положение ст. 25 Закона РФ от 11 октября 1991 г. «О плате за землю» определяет «нормативную цену земли» как показатель, характеризующий стоимость участка определенного качества и местоположения, исходя из потенциального дохода за расчетный срок окупаемости.

Несмотря на наличие действующих определений цены, отсутствует системный подход к рассматриваемой правовой категории, не отражены ее сущностные черты.

На наш взгляд, понятие «цена» необходимо рассматривать с двух позиций: как экономическую категорию и как сугубо правовую категорию, т.е. как некое денежное обязательство по произведению оплаты за проданные товары, работы и услуги.

Самое классическое употребляемое многими авторами следующее: цена представляет собой экономическую категорию, означающую сумму денег, за которую продавец хочет продать, а покупатель готов купить товар¹.

В условиях конкурентного рынка формирование любой цены базируется прежде всего на принципах ценности и стоимости. Как отмечает Н.П. Пендюрин, «ценность, участвуя в ценообразовании, воплощает в себе потребительскую сторону цены, в то время как стоимость – производственную»².

При этом под истинной считаем необходимым понимать цену, соответствующую действительной стоимости объекта (логичным будет ее формирование на основе объективных и субъективных факторов, например экономическая ситуация на рынке, повышенный спрос на товар производителя-монополиста), в то время как стоимость должна включать в себя выраженные в денежной форме затраты на производство, реализацию продукции с учетом предполагаемой прибыли.

Таким образом, в случаях, когда речь идет о классическом механизме конкурентного ценообразования, имеет место быть действие принципов ценности и стоимости в чистом виде без изъятий.

Далее, обратимся к вопросам действия указанных принципов в условиях рынка несовершенной (ограниченной) конкуренции либо рынка естественной монополии.

Изначально считаем необходимым оговориться, что отношения, возникающие по поводу ценообразования в условиях рынка несовершенной конкуренции, несут в себе элемент публичности³.

Публичность, в частности, проявляется в следующем.

Во-первых, обращение потребителя к естественному монополисту определяется не свободным волеизъявлением, а необходимостью. Необходимость обусловлена незаменимостью продукции (особый род предмета отношений), а также наличием

¹ См.: Уткин Э.А. Цены, ценообразование, ценовая политика: учебник. М., 1997. С. 3.

² Пендюрин Н.П. Категория цены в современном обязательственном праве России: автореф. ... к.ю.н. Ростов н/Д, 2009. С. 6.

³ Под правоотношениями с элементами публичности в данном случае следует понимать регулируемые нормами конституционного, гражданского, административного права общественные отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в процессе организации и деятельности по реализации государственных программ, обеспечивающие права и законные интересы человека и гражданина. Для публичных правоотношений в целом характерно, что в виде объекта выступает общественный интерес, общее благо социальных общностей или общества в целом.

ем только одного субъекта либо ограниченного круга субъектов, который может ее предоставить в границах одного товарного рынка (особый субъектный состав отношений: потребитель — с одной стороны, субъект естественной монополии (вторичной монополии) — с другой).

Во-вторых, правом и возможностью предоставить товар в пределах соответствующего рынка обладает только определенный хозяйствующий субъект.

В-третьих, стоимость подобных товаров либо ее пределы устанавливаются односторонне, уполномоченными государственными органами (либо непосредственно самим доминирующим лицом при наличии монополии «второго порядка»). Несмотря на то, что взимание платы за естественно-монопольные товары происходит на основании заключенного сторонами гражданско-правового договора, применяемые сторонами цены определяются императивно (односторонне — при установлении ее доминирующим субъектом).

В-четвертых, применение соответствующих цен (тарифов) является объектом государственного регулирования и контроля, т.е. субъект естественной монополии («вторичной монополии») при взимании платы за свои услуги должен реализовывать волю государства.

Исходя из вышеизложенного, наблюдается два варианта отклонения от принципа реальной стоимости:

- возможность одностороннего установления цены доминирующим предпринимателем, как следствие — допущение злоупотреблений с его стороны в порядке ценообразования, выражающееся в намеренном завышении цен;

- законодательное формирование цен либо механизма ценообразования (посредством их регулирования либо установления). Чаще всего указанное выражается в установлении максимальных (минимальных) цен, льгот, предельных надбавок и проч. Выражаясь проще, предприниматель по итогам производства товара (услуги, работы) выдает его определенную стоимость, которая отражает реальную стоимость производства (с учетом издержек на реализацию) плюс прибыль, законодатель же в свою очередь, учитывая публичность отношений по реализации конечного продукта, намеренно урезает его реальную стоимость с целью защитить более слабую сторону отношений (потребителя) и как следствие обеспечить баланс интересов сторон¹.

Исходя из вышеизложенного, считаем необходимым ввести категорию *«справедливой» цены*, которая будет отражать ее ценностную потребительскую сторону с учетом стоимостного отражения, корректируемого уполномоченными государственными органами в целях сохранения баланса частного и публичного баланса интересов сторон.

Наиболее ярко принципы ценности и стоимости проявляют себя на примере рыночных и свободных цен.

Так, положением п. 1 ст. 424 ГК РФ *презюмируются «свободные» цены*. В частности, законодатель указывает, что исполнение договора оплачивается по цене, установленной соглашением сторон. В предусмотренных законом случаях приме-

¹ Так, например, реализация общественного интереса происходит в том числе посредством утверждения Правительством типовых правил ценообразования и последующего заключения типовых договоров, условия которых преподносятся таким образом, чтобы защитить наиболее уязвимого субъекта правоотношения — потребителя.

няются цены (тарифы, расценки, ставки и т.п.), устанавливаемые или регулируемые уполномоченными на то государственными органами и (или) органами местного самоуправления.

Под свободной ценой многие авторы понимают цену, складывающуюся на товарном рынке без государственного воздействия на нее. Свободная цена колеблется вокруг стоимости товара в зависимости от спроса и предложения и, как правило, включает два элемента: себестоимость и прибыль¹.

Однако, на наш взгляд, указанное определение в большей степени относится к категории рыночной цены, в которой в чистом виде работают упомянутые выше принципы ценности и стоимости. Определение рыночной цены формируется под влиянием спроса и предложения² и без каких-либо внешних воздействий, препятствий, ограничений либо дополнительных субъективных предпочтений сторон (например, в случае совершения сделки взаимозависимыми лицами) либо стороннего вмешательства государства (в последнем случае цена будет носить характер свободной, но совершаемой по правилам, установленным законодательством) с учетом ограниченного стоимостного принципа.

Таким образом, *под свободными* считаем необходимым понимать цены, определяемые в первую очередь соглашением сторон, но с учетом правил (механизмов, элементов) ценообразования, введенных законодателем.

Ввиду того, что классическое (конкурентное) ценообразование в первую очередь подчиняется законам рынка, где все определяется на основе спроса и предложения, считаем необходимым остановиться на более сложном вопросе с формированием свободных (но регулируемых законодательством) цен.

Регулируемая (свободная) цена складывается на товарном рынке на основании соглашения сторон при дополнительном воздействии на нее (либо на механизм ее формирования) путем применения экономических и (или) директивных мер. Если быть точнее, законодатель в ст. 424 ГК РФ использует две категории: цены устанавливаемые и регулируемые.

Однако при анализе действующего законодательства считаем необходимым отметить, что на настоящий момент жестко установленные цены отсутствуют.

Помимо указанного несколько некорректной представляется сама формулировка законодателя и деление цен на «устанавливаемые и регулируемые», поскольку «установление» цен есть также акт регулирования ценообразования, как следствие «установленная цена» в любом случае будет носить характер регулируемой.

Также следует отметить, что вариация контроля (регулирование в виде жесткого установления либо иного регулирования) цен должна напрямую зависеть от степени публичности отношений, объектом которых выступает общественный интерес, общее благо социальных общностей или общества в целом.

¹ Российское предпринимательское право: учебник / отв. ред. И.В. Ершова, Г.Д. Отнюкова. М., 2011. С. 525.

² Положение ст. 105³ Налогового кодекса РФ дает косвенное определение «рыночной цены», в частности указано: в случае, если в сделках между взаимозависимыми лицами создаются или устанавливаются коммерческие или финансовые условия, отличные от тех, которые имели бы место в сделках, признаваемых в соответствии с настоящим разделом сопоставимыми, между лицами, не являющимися взаимозависимыми (рыночные цены), то любые доходы (прибыль, выручка), которые могли бы быть получены одним из этих лиц, но вследствие указанного отличия не были им получены, учитываются для целей налогообложения у этого лица.

А критериями общественной значимости и публичности отношений должно выступать следующее: 1) наличие важного социально-публичного элемента, при котором необоснованное установление цены может сделать товары, работы и услуги недоступными для потребителей; 2) производство товаров, работ и услуг в условиях естественной, вторичной монополии (выражаясь экономическим языком — условия несовершенной конкуренции) либо в условиях лицензируемого вида деятельности; 3) специфический субъектный состав¹.

А.О. Иншакова,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой гражданского

и международного частного права,

ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете

Программная унификация как основа развития стандартизированной ВТО конкурентной политики региона

Комплексное исследование приоритетных целей и перспективных направлений политики национального законодателя в области конкурентного права в условиях инновационного хозяйствования с учетом необходимости их трансформации под влиянием фактора вступления России во Всемирную торговую организацию (далее — ВТО) предполагает и правотворческую инициативу на субфедеральном уровне внутригосударственного регулирования². Особое место в подобного рода исследованиях занимают вопросы развития правового обеспечения конкурентоспособности российских товаров, услуг и государственной поддержки национальных, в том числе и региональных, хозяйствующих субъектов. Не является исключением и правовое регулирование деятельности субъектов инновационной предпринимательской деятельности в условиях комфортной конкурентной среды Волгоградской области как составной части формирующейся глобальной правовой системы, предполагающей нормативное единообразие всех составляющих ее структурных элементов³. Таким образом, грамотный, стандартизированный с принципами и правилами ВТО правотворческий вклад Волгоградского региона в формирование привлекательной конкурентной среды инновационного предпринимательства является значимым

¹ Так, например, ст. 60 Федерального закона от 12 апреля 2010 г. № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств» регулирует возможность утверждения методики установления производителями лекарственных препаратов предельных отпускных цен на лекарственные препараты, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших лекарственных препаратов. В указанном примере публичность характеризуется особым предметом отношений и субъектным составом (лицензиат и потребитель).

² См.: Торгово-промышленная палата РФ: концепция «Присоединение России к ВТО» // Российская газета. 2001. № 21.

³ См. подробнее: *Шумилов В.М.* Глобализация мировой экономики и глобальная правовая система // Внешнеэкономический бюллетень. 2002. № 8. С. 75–80; *Он же.* Глобализация мировой экономики и глобальная правовая система (окончание) // Там же. № 9. С. 70–75; *Иншакова А.О.* Унификация корпоративного регулирования в ЕС и СНГ: дис. ... д.ю.н. М., 2008.

и неотъемлемым компонентом решения комплексной национальной проблемы федерального значения.

Потенциал современной российской экономики, «сделавшей ставку» на инновационное развитие, имеет возможность раскрыться лишь при активном взаимодействии с мировым рынком товаров и услуг. Правила же игры последнего в условиях глобализирующегося экономического пространства определяются странами коллективно при решающей роли в этом ВТО.

Фактически данная организация разрабатывает и устанавливает основные стандарты в области регулирования транснациональных корпоративных отношений, а также проводит политику, направленную на выравнивание внутринациональных законодательств до уровня конкурентоспособного взаимодействия¹.

В перечне задач правового обеспечения процесса генерации позитивных эффектов от долгожданного вступления России в ВТО есть одна фундаментальная сверхзадача — посредством грамотной конкурентной политики обеспечить поддержание и развитие такой антимонопольной среды, которая была бы способна обеспечить полноценную конкуренцию национальных хозяйствующих субъектов с иностранными.

Получение Россией преимуществ от вступления в ВТО как для национальных потребителей, так и для национальных производителей товаров и услуг возможно при наличии эффективной внутренней конкуренции и обеспечении прав потребителей. «В условиях глобализации на государство ложится особая ответственность за формирование эффективного использования конкурентных преимуществ. Задача состоит в том, чтобы создать цивилизованные условия для повышения конкурентоспособности участников внешнеторговой деятельности, при которых повышалась бы конкурентоспособность национальной экономики»². Претворяя в жизнь грамотную конкурентную политику, государство не только приводит национальное антимонопольное регулирование в соответствие с принципами и правилами ВТО, но и обеспечивает гарантии, устанавливаемые Конституцией РФ³.

В литературе отмечается, что концепция конкуренции, идеологически пронизывая всю систему ВТО и ее документы, юридически зафиксирована в последних лишь ограниченно и частично⁴. «ГАТТ не декларировало напрямую ни в одной из своих статей приверженность принципам конкуренции и не характеризовало устанавливаемые правила как правила конкуренций. Тем не менее сама суть этих правил заключалась в обеспечении нормальных условий конкуренции во внешнеэкономических сделках посредством устранения дискриминации и искусственных ограничений. Рыночная, проконкурентная направленность установленных правил (в отличие от многих других международных соглашений, обеспечивающих лишь техническую гармонизацию национальных норм, правил и процедур) позволяет,

¹ См. подробнее: *Иншакова А.О.* Перспективы корпоративного регулирования в ЕС и СНГ / Саратов. гос. акад. права; Волгоград. гос. ун-т; РУДН. Саратов; Волгоград, 2008.

² *Шевченко С.В.* Присоединение России к Всемирной торговой организации: конкуренция, экономическая безопасность, российский рынок безопасности // Государство и право. 2007. № 3. С. 84.

³ В соответствии с п. 1 ст. 8 Конституции РФ в Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности.

⁴ См.: *Муранов А.И.* Некоторые важные моменты применительно к ГАТС / Подготовлено для СПС «КонсультантПлюс». 2008.

на наш взгляд, охарактеризовать Генеральное соглашение по тарифам и торговле 1948 г. как первый свод международных правил конкуренции в области межгосударственных экономических связей»¹.

Национальное конкурентное законодательство должно учитывать и приоритетность инновационной составляющей в современной экономической деятельности, поскольку именно она на сегодняшний день обуславливает конкурентоспособность российских товаров и услуг. По словам Е.М. Примакова, «ожидаемое после присоединения к ВТО усиление конкуренции нужно использовать для ускорения структурной перестройки российской экономики»².

Одним из принципов Стратегии инновационного развития РФ на период до 2020 г.³ является стимулирование конкуренции как ключевой мотивации для инновационного поведения (в том числе в секторе исследований и разработок).

Помимо федерального российского закона о конкуренции, являющегося лишь частью правовой системы РФ, иное законодательство, входящее в ее состав также должно соответствовать принципам и правилам ВТО. Нормативно-правовое регулирование инновационной экономической деятельности в условиях здоровой конкурентной среды осуществляется не только на базе международных договоров, участницей которых является РФ, Конституции РФ, ГК РФ и принимаемых в соответствии с ними законами и иными нормативными правовыми актами РФ, но и законами и иными нормативными актами субъектов РФ. Последние также должны соответствовать международным правилам, ратифицированным РФ, взявшей на себя обязательство имплементировать их во внутригосударственное законодательство. Перед субфедеральным законодательством также стоят задачи, преследующие цель поддержания и развития деятельности, направленной на обеспечение конкурентоспособности российских товаров, услуг и хозяйствующих субъектов, в том числе осуществляющих инновационную экономическую деятельность.

Инновационный потенциал Волгоградской области, как региона представляющего собой региональную базу формирования инновационного предпринимательства и часть Южного федерального округа, представляет значительный интерес для исследований как один из экономически развитых регионов России с достаточно сбалансированной структурой хозяйства. Многоотраслевое сельское хозяйство сочетается с разнообразной промышленностью, запасами нефти и газа.

Проведенное исследование показало, что инновационный потенциал области вполне выдерживает конкуренцию в противопоставлении экономическим факторам, препятствующим инновациям. Наиболее распространенные среди них: дефицит собственных денежных средств у представителей бизнес-сектора, высокая финансовая затратность нововведений, недостаточность финансовой поддержки со стороны государства, повышенные предпринимательские риски. К внутренним агрессивным для инновационного развития предпринимательских структур факторам следует отнести низкий инновационный потенциал организации и недостаток квалифицированного персонала, недостаток информации о рынках сбыта, недо-

¹ Ячеистова Н.И. Международная конкуренция: законодательство, регулирование и сотрудничество. Конференция ООН по торговле и развитию / ООН. Нью-Йорк; Женева, 2001. С. 235.

² ВТО откачивает нефть // Российская газета. 2012. № 237.

³ Распоряжение Правительства РФ от 8 декабря 2011 г. № 2227-р «Об утверждении Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2012. № 1. Ст. 216.

статок информации о новых технологиях. В перечне мер, направленных на устранение перечисленных как внутренних, так и внешних факторов, препятствующих развитию инноваций в области, а следовательно, способствующих повышению конкурентоспособности хозяйствующих на ее территории субъектов посредством экономических мероприятий, — кардинальные преобразования обеспечивающей их субфедеральной законодательной базы.

Такие преобразования должны быть в первую очередь направлены на обеспечение ускорения освоения новой техники, технологий и материалов и формировать правовые основы регламентации мероприятий, имеющие своей целью создание для инновационно-активных предприятий зон экономического развития, выполняющих функции налоговых льгот, обладающих определенными преимуществами перед субсидиями, что позволит снизить налоги на инновации и повысить заинтересованность предприятий в их проведении, а также привлечь потенциальных инвесторов; создание эффективной информационной системы, которая позволит разработчикам осуществлять широкомасштабный мониторинг существующих технологических проблем, знакомиться с имеющимися научно-техническими разработками, а также своевременно получать информацию о конъюнктуре и тенденциях российского и мирового рынка для формирования коммерческо-производственных программ и планирования необходимого технологического развития; восстановление научно-технических служб на предприятиях с целью обеспечения тесного взаимодействия науки и производства, производства и рынка.

Таким образом, приоритетами конкурентной политики Волгоградской области, отвечающими минимальным правовым стандартам, заданным ВТО и согласующимися с инновационным экономическим развитием региона, должны стать: осознание ключевой роли инновационной деятельности для существенного повышения эффективности и уровня технологического развития общественного производства, конкурентоспособность наукоемкой продукции, улучшение качества жизни населения и экологической безопасности; необходимость качественно нового уровня государственного регулирования инновационной деятельности, развитие механизмов конкуренции в данной сфере; аккумулярование необходимых финансовых и человеческих ресурсов для создания и внедрения инноваций, обеспечивающих динамичное развитие экономики Волгоградской области; создание необходимых условий для развития рыночных отношений в инновационной сфере и пресечение недобросовестной конкуренции в процессе инновационной деятельности; построение благоприятного инвестиционного климата при осуществлении инновационной деятельности; развитие различных форм международного сотрудничества в инновационной сфере; организация государственного управления инновационными процессами в Волгоградской области через ответственный за этот процесс уполномоченный орган, определяемый главой администрации Волгоградской области; подготовка специалистов для управления инновациями через многоуровневую систему образовательной деятельности¹.

Кроме того, полагаем, что исследование вопросов развития, финансирования и бюджетного субсидирования инновационных проектов Волгоградской области

¹ См.: Иншаков О.В., Мизинцева М.Ф., Калинина А.Э., Петрова Е.А. Информационное развитие экономики региона. М., 2008.

позволяет заключить, что укреплению субфедерального правового регулирования, создающего в своей совокупности консолидированную законодательную основу в стране в условиях отсутствия унифицированного на национальном уровне федерального закона «Об инновационной деятельности», будет способствовать создание программного акта о содействии развитию инновационного предпринимательства в регионе в условиях здоровой конкурентной среды, законодательно обеспеченной в соответствии с минимальными правовыми стандартами ВТО, ставшими для России обязательными. Указанный документ *soft law* (мягкого права), обладающий рекомендательным целевым характером призван обеспечить основу для последующей разработки нормативного акта, регулирующего порядок субсидирования инновационного производства в приоритетных для национальной экономики отраслях.

А.И. Ковшова,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Система правовых средств обеспечения конкуренции в условиях конвергенции частного и публичного права

Исследуя вопросы конкуренции, Г.Ф. Шершеневич писал «общественная идея конкуренции состоит в том, что обеспечение личного существования со стороны каждого хозяйства ведет к наилучшему обеспечению интересов общества. Осуществление этой идеи предполагает, однако, наличие некоторых условий экономического, этического, юридического характера»¹.

Условия юридического характера для обеспечения конкуренции предполагают наличие совокупности правовых средств, выстроенных в систему и оказывающих комплексное влияние на состояние конкуренции в целом.

Существуют различные подходы к понятию и пользе конкуренции, которые на протяжении времени сменяли друг друга как в трудах ученых юристов, так и в законодательстве. Вместе с тем общим признаком конкуренции практически во всех трудах признается соперничество между хозяйствующими субъектами, заинтересованными в достижении одной и той же цели каждый для себя лично: за рынки сбыта товаров с целью получения более высоких доходов, прибыли и других выгод.

Общественная польза конкуренции заключается в ее основных функциях — способствовании улучшению качества товаров, снижению цен, повышению конкурентоспособности отечественного производителя (приобретает особенную важность в условиях вступления в ВТО) и экономическому росту в целом.

Однако наличие конкуренции не всегда отвечает интересам конкретного хозяйствующего субъекта, ведь последний вынужден играть по правилам конкурентной борьбы — осуществлять активную деятельность по постоянному совершенствованию качества своих услуг, направлять значительные ресурсы на продвижение своего товара, в том числе на рекламу, и любыми законными средствами стремиться

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. М., 2003. С. 112.

к тому, чтобы потребитель приобрел именно его товар, а не воспользовался предложениями конкурентов. Именно поэтому в своей деятельности довольно часто хозяйствующий субъект пытается получить наибольшие выгоды на рынке с помощью злоупотреблений. Само по себе стремление победить конкурентов с целью обеспечения наилучших для себя условий сбыта продукции является нормальным в условиях рыночных отношений. Опасным для частных и публичных интересов является именно недобросовестное поведение, которое дает необоснованные преимущества и нарушает равенство возможностей в конкурентной борьбе. Не менее опасные последствия следуют за отказом конкурентов от конкуренции путем заключения антиконкурентных соглашений.

В основе поддержания развитой конкурентной среды лежит качественное правовое регулирование, в процессе которого действует совокупность правовых средств различной отраслевой принадлежности, обеспечивающих комплексный подход к обеспечению конкуренции.

Рассматривая правовые средства обеспечения конкуренции, необходимо определить понятие правовых средств. Исследованием категории «правовые средства» занимались многие известные правоведы: С.С. Алексеев, А.В. Малько, Б.И. Пугинский и др. Соответственно, единого понимания термина в науке нет. А.В. Малько рассматривает правовые средства как «правовые явления, выражающиеся в инструментах (установлениях) и деяниях (технологии), с помощью которых удовлетворяются интересы субъектов права, обеспечивается достижение социально полезных целей»¹. С точки зрения Б.И. Пугинского, правовые средства — «юридические способы решения субъектами соответствующих задач, достижения своих целей (интересов)»².

В настоящей статье под правовыми средствами обеспечения конкуренции понимается совокупность закрепленных в нормативных актах способов воздействия на конкурентную среду, обеспечиваемых государством.

Принимая за основу классификацию правовых средств А.В. Малько, в регулировании конкурентных отношений можно выделить следующие правовые средства:

а) средства-установления, которые выражаются в установлении мер дозволенного поведения, правил поведения, запретов, поощрений и др. Например, установленный в конкурентном законодательстве запрет на участие в картельном сговоре является средством обеспечения конкуренции, так как не допускает поведение, которое может причинить конкуренции вред. Одним из признаков таких средств является статичность, которая означает, что нормы не могут реализоваться сами, для их реализации необходимы средства-деяния;

б) средства-деяния — это элемент механизма правового регулирования в виде актов реализации прав и обязанностей. Средства-деяния включают в себя практически всю юридическую деятельность, направленную на обеспечение конкуренции: правотворческую, правоприменительную, деятельность по толкованию норм права. Средства-деяния проявляются в динамике и представляют собой обеспеченную государством систему действий государственных органов, хозяйствующих субъектов и физических лиц, прямо или косвенно направленных на обеспечение конку-

¹ См.: Малько А.В. Правовые средства как общетеоретическая проблема // Правоведение. 1999. № 2. С. 4—16.

² См.: Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М., 1984. С. 87.

ренции. Например, предъявление потерпевшей от картельного сговора стороной иска о возмещении ущерба к виновнику.

Принимая за основу научные воззрения А.Н. Варламовой¹, выраженные в дифференциации мер обеспечения конкуренции, правовые средства обеспечения конкуренции можно подразделить на:

а) средства, направленные на ограничение антиконкурентного поведения: нормы-запреты на участие в картельных сговорах, запрет на злоупотребление доминирующим положением, запрет на акты недобросовестной конкуренции, средства привлечения к юридической ответственности. Например, предписание антимонопольного органа;

б) средства, направленные на стимулирование конкуренции. Например, предоставление государственной преференции с целью развития конкуренции на определенном отраслевом рынке и т.п.

С точки зрения направленности действия можно выделить:

а) средства-запреты, которые представляют собой установленную законом обязанность не совершать определенных действий. Например, обязанность субъекта не устанавливать монопольно высокие цены;

б) средства-дозволения, которые представляют собой закрепленное в законе разрешение совершать те или иные юридически значимые действия в условиях, предусмотренных нормой. Например, дозволение лицу, действия которого приводят к ограничению конкуренции, ходатайствовать о признании его действий допустимыми по установленным в законе основаниям;

в) средства-поощрения, направленные на поощрение благоприятной для конкуренции деятельности. Например, освобождение от ответственности хозяйствующего субъекта, заявившего о наличии антиконкурентного сговора в случае предоставления информации о других участниках сговора;

г) средства-предписания, представляющие собой возложение юридической обязанности совершить то или иное действие. Например, обязанность субъекта уведомлять антимонопольный орган о крупных сделках в рамках соблюдения норм о контроле за экономической концентрацией.

В зависимости от субъекта воздействия на конкурентную среду можно выделить:

а) публично-правовые средства обеспечения конкуренции: законодательные запреты и предписания, установление административной и уголовной ответственности;

б) частноправовые средства обеспечения конкуренции. Например, А.Н. Варламова выделяет меры по выработке организациями собственных конкурентных стратегий. Также к частноправовым средствам следует отнести возможность потерпевшего субъекта предъявить частноправовой иск о возмещении убытков.

Помимо указанных классификаций можно выделить такое средство обеспечения конкуренции, как закрепление в законе специального гражданско-правового статуса хозяйствующего субъекта в зависимости от его возможности оказывать влияние на условия обращения товара на рынке. Например, законодатель устанавливает ограничения правоспособности для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение. Эти ограничения в первую очередь касаются свободы договора в части выбора контрагентов и установления условий договора. Такие

¹ См.: Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: учеб. пособие. М., 2010.

ограничения направлены на предотвращение дисбаланса, вызванного неразвитой конкурентной средой на товарном рынке с помощью установления дополнительных обязанностей для субъектов, имеющих дополнительные возможности (в силу закона или сложившейся экономической ситуации).

Подводя итог, следует отметить, что залогом эффективного правового регулирования конкурентных отношений является комплексное воздействие на регулируемый объект путем применения публично-правовых и частноправовых средств обеспечения конкуренции. Помимо непосредственно конкурентных отношений необходимо формирование качественных правовых средств воздействия на смежные общественные отношения. При этом необходимо помнить, что чрезмерное вмешательство в частные дела компаний, не оправданное стремлением обеспечить конкуренцию и общественные интересы, должно быть исключено^{1 2}.

Ю.Г. Следь,

к.ю.н., ст. преподаватель кафедры уголовного права,
уголовного процесса и криминалистики,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

К вопросу об уголовно-правовой ответственности за клевету в предпринимательской деятельности как форме недобросовестной конкуренции

Существующий накал конкурентной борьбы делает весьма актуальной разработку мер противодействия недобросовестной конкуренции в форме клеветы в предпринимательской деятельности, т.е. распространения заведомо ложных сведений направленных на подрыв деловой репутации конкурента.

Известно, что Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. отменена ответственность за клевету (ст. 129 УК РФ), а уже Федеральным законом от 28 июля 2012 г. данное деяние вновь криминализировано (ст. 128¹ УК РФ). Двойное изменение позиции законодателя менее чем за год заслуживает внимания.

Еще Законы Хаммурапи (XVIII в. до н.э.) предусматривали суровые наказания за клевету и оскорбление. Уголовно-правовая защита от посягательств на доброе имя и репутацию была хорошо известна еще в дореволюционной России. Устав благочиния, или полицейский, утвержденный императрицей Екатериной II 8 апреля 1782 г., содержал прямой запрет «рассеивание лжи и клеветы». Об этом говорилось и в ст. 1039 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., согласно которому уголовно наказуемым считалось «всякое оглашение в печати позорящих сведений».

¹ Исследование выполнено при поддержке Министерства образования и науки РФ, соглашение 14.B37.21.1015.

² Статья подготовлена в рамках международного проекта РГНФ и НАН Украины. Проект № 12-23-02002.

Известные теоретики уголовного права еще в условиях существования его советской концепции обращали внимание на высокую общественную опасность данных посягательств.

Не обошел вниманием вопрос о клевете и УК РФ 1996 г. Ведь честь и достоинство личности, согласно ст. 21, 23 Конституции РФ, принадлежат к числу основных конституционных прав. Подробно рассмотрен вопрос правоприменительной практики за данное преступление Верховным Судом РФ и Верховным судом РТ. Особенную актуальность вопрос о наказуемости клеветы приобрел в связи с развитием сети Интернет.

Тем больший резонанс среди специалистов вызвало решение законодателя о декриминализации клеветы и придании данным деяниям статуса административного правонарушения. Высказывались мнения о нарушении внутренней структуры действующего УК РФ, об отсутствии реального административно-правового механизма противодействия, о том, что данное решение «игнорирует характер и степень общественной опасности этих преступлений как видов психического насилия», а так же «недочеты техники исполнения анализируемых нововведений».

В силу названных причин юридическое сообщество в целом положительно восприняло возвращение состава клеветы в УК РФ. Однако и в этом решении не просматриваются следы его научной проработки.

С другой стороны, можно было надеяться, что, возвращая состав клеветы, законодатель решит давно назревшую проблему уголовно-правовой защиты деловой репутации, в том числе юридических лиц, от клеветы в предпринимательских отношениях.

Конституция РФ в ст. 34 запрещает недобросовестную конкуренцию. При этом Федеральный закон «О защите конкуренции» называет в ст. 14 действия по распространению «ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации» первой из форм недобросовестной конкуренции, подлежащих законодательному запрету.

Необходимость уголовно-правовой охраны деловой репутации признается и в отечественной науке уголовного права. Так, например, отмечается, что «подрыв деловой репутации лица в условиях рыночной экономики способен причинить ему существенный вред». Зарубежное законодательство также предусматривает уголовную ответственность за данное правонарушение. Например, Закон о борьбе с недобросовестной конкуренцией ФРГ запрещает распространение заведомо ложных или вводящих в заблуждение сведений (ст. 4), клевету в деловых взаимоотношениях (ст. 15).

В литературе неоднократно указывалось на огромный вред для добросовестных хозяйствующих субъектов от так называемого «черного PR» и неэффективности существующих мер гражданско-правовой и административной ответственности. Дискредитация происходит путем публикаций в печатных СМИ, распространения листовок, отправки писем клиентам компании. Распространение заведомо ложных, порочащих организацию сведений может быть одним из способов подготовки к ее рейдерскому захвату. Исходя из этого, представляется актуальной задача по построению, в рамках уголовного права, более полной защиты от намеренного подрыва деловой репутации всех хозяйствующих субъектов. Однако ст. 128¹ УК РФ «Клевета» в силу своего расположения в структуре УК РФ применима только в случае подрыва

деловой репутации гражданина — индивидуального предпринимателя. При этом возможность уголовно-правовой защиты деловой репутации юридического лица действующим уголовным законодательством не предусматривается. Примечательно, что действующий уголовно-процессуальный закон в ст. 42 УПК РФ прямо указывает: «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».

Однако ни современная уголовно-правовая доктрина, ни судебная практика не дают тому подтверждений. Вопрос об уголовно-правовой защите юридических лиц от дискредитации со стороны недобросовестных конкурентов требует своего скорейшего и однозначного разрешения. Только криминализация таких посягательств позволит своевременно их пресекать, запускать механизмы розыскной и доказательственной работы, повысить эффективность правового регулирования этих общественных отношений в целом. В уголовно-правовой литературе уже неоднократно звучали мнения о необходимости распространения уголовной ответственности на клевету в отношении юридических лиц. Так, Ю.М. Ткачевский обосновывал эту точку зрения необходимостью тождественной (по примеру гражданского права) защиты чести и деловой репутации физических и юридических лиц от клеветы.

Еще Г.Ф. Шершеневич в связи с этим отмечал, что если очернение конкурента направлено лишь на его личность, то это деяние должно преследоваться на основании общих норм ответственности за клевету, отдельно выделяя очернение, «которое имеет целью уронить положение предприятия».

Таким образом, можно констатировать, что исправляя одни ошибки, законодатель не всегда предпринимает шаги по развитию уголовного закона в соответствии с реалиями времени.

Р.А. Янтыков,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Воззрения Г.Ф. Шершеневича об объединениях субъектов права в аспекте реформирования законодательства о защите конкуренции

Современное законодательство о защите конкуренции за свое недолгое существование пережило целый ряд значительных преобразований. И сейчас работа по совершенствованию законодательства, регулирующего конкурентные отношения, ведется практически непрерывно. Несмотря на то, что только осенью 2011 г. в конкурентное законодательство были внесены обширные изменения в рамках третьего антимонопольного пакета поправок, с 1 января 2012 г. вступило в силу¹ Соглаше-

¹ Решение Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2011 г. № 9 «О вступлении в силу международных договоров, формирующих Единое экономическое пространство Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации». Текст решения официально опубликован не был.

ние о единых принципах и правилах конкуренции, за которым должен последовать процесс унификации группового регулирования в национальном законодательстве стран-участников Таможенного союза. В условиях подобного перманентного реформирования законодательства о защите конкуренции особенно актуальным является обращение к идеям дореволюционной науки права и к концепциям регулирования конкурентных отношений, сформированным учеными того времени. Прежде всего представляется необходимым обратиться к трудам выдающегося представителя дореволюционной цивилистической науки, профессора Казанского, а после Московского университетов – Габриэля Феликсовича Шершеневича.

Г.Ф. Шершеневич в своих трудах пишет о конкуренции как о «анархическом» явлении и даже видит положительные стороны ее ограничения. Высказываясь о синдикате, который представляет собой «основанное на договоре соединение самостоятельных предпринимателей, имеющее своей целью устранение или ограничение действия свободной конкуренции на производство или сбыт известного рода продукта»¹, ученый пишет следующее: «система свободной конкуренции представляет в сущности анархическое начало. Стремление нормировать производство и сбыт продуктов известного рода товаров является положительною стороною синдикатов, выдвигающею момент общественной организации над частным произволом»². В то же время Г.Ф. Шершеневич отмечает и отрицательную сторону всякого рода объединений субъектов рынка с целью ограничения конкуренции: «Стремление устранить свободную конкуренцию для обеспечения небольшой группе лиц высокой прибыли за счет потребителей составляет отрицательную сторону синдикатов, так как общественные интересы приносятся в жертву частным»³.

Обращаясь к воззрениям Г.Ф. Шершеневича об объединениях субъектов права с точки зрения их применимости к регулированию конкурентных отношений в рамках группы лиц, необходимо обратить внимание на концепции, сформированные им по отношению к тресту как наиболее близкому к группе лиц дореволюционному институту.

Одной из наиболее острых проблем дореволюционной цивилистической науки в области предпринимательских объединений являлся вопрос о критериях отнесения тех или иных объединений к трестам и разграничения трестов от синдикатов. Высказываясь на эту тему, Г.Ф. Шершеневич подчеркнул: «В тресте — соединяющиеся предприятия утрачивают свою хозяйственную самостоятельность; предприятия становятся частями новой организации и подчиняются в своей деятельности указаниям, идущим всецело из центрального управления треста. Трест представляет собой единое хозяйственное предприятие, тогда как синдикат составляет федерацию хозяйственных предприятий»⁴. Тем самым в качестве индивидуализирующего критерия треста, позволяющего отграничить от иных картельных соглашений, Г.Ф. Шершеневич выделил критерий самостоятельности участников объединения. Данная концепция подвергалась критике со стороны других представителей дореволюционной науки, в частности А.В. Венедиктов выступал против критерия самостоятельности участников объединения, предлагая свой подход, основанный

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1: Введение. Торговые деятели. М., 2003. С. 454.

² Там же. С. 453–454.

³ Там же. С. 454.

⁴ Там же. С. 455.

на разграничении исходя из юридических средств, при помощи которых создается объединение. Ученый выражал сомнения относительно того, «насколько утрата хозяйственной самостоятельности... может служить критерием для юриста... Поскольку дело идет о необходимости разграничить основные группы предпринимательских объединений, мы считаем наиболее правильным противополжить их по юридическому характеру тех средств, коими объединение создается».

А.И. Каминка, дав наиболее полный анализ существующих в то время подходов к предпринимательским объединениям, отметил, что А.В. Венедиктов «несмотря на полемику... сводит различие треста и синдиката к тому же моменту хозяйственной самостоятельности»¹. Сформированная Г.Ф. Шершеневичем концепция определения взаимозависимости в целом и сейчас находят отражение в трудах современных исследователей. В частности, К.Ю. Тотьев, раскрывая понятие «группа лиц», указывает, что «зависимые участники группы лиц не свободны в определении своего поведения на рынке, поскольку действуют под контролем другого субъекта»².

Однако, несмотря на поддержку критерия самостоятельности со стороны представителей дореволюционной и современной цивилистической науки, законодатель не считает нужным руководствоваться именно этим критерием, предпочитая предложенный А.В. Венедиктовым метод – отталкиваться не от сути сложившихся отношений, а от конкретных средств. В ст. 9 Федерального закона «О защите конкуренции» устанавливается, что группа лиц признается таковой лишь при наличии любого условия из представленного исчерпывающего перечня связей. Таким образом, норма игнорирует суть связи между субъектами, не оценивает возможность реального контроля и не предполагает исследования вопроса о самостоятельности участников группы лиц. Для признания субъектов рынка членами единой группы достаточно лишь формального признака.

Подобное неприятие уже имеющихся разработок выдающихся ученых и применение сугубо формального подхода для определения группы лиц могут быть объяснены желанием законодателя упростить правоприменение. Значительно легче обнаружить и доказать наличие формальной связи между хозяйствующими субъектами, нежели устанавливать степень самостоятельности лиц, входящих в группу. Данный формальный подход также способствует установлению четких и недвусмысленных «правил игры» для хозяйствующих субъектов. В то же время, руководствуясь лишь только средствами возникновения взаимосвязи между лицами, игнорируя существо и цель данных отношений, законодатель допускает такие ситуации, когда при наличии одного из оснований перечисленных в ст. 9 Федерального закона «О защите конкуренции» лица фактически не проводят единой экономической политики и не представляют собой единую рыночную единицу. В особенности это касается критерия, предусмотренного п. 8 ч. 1 ст. 9 Закона, в случаях расширения группы, когда в группу входят лица, которые состоят в группе с одним и тем же лицом, а также лица, состоящие в базовых групповых связях с этими лицами.

Также минусом такого подхода, как и минусами любого другого формального подхода, является возможность злоупотреблений со стороны хозяйствующих субъ-

¹ Каминка А.И. Основы предпринимательского права / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2007. С. 229.

² Тотьев К.Ю. Легитимация субъектов предпринимательской деятельности // Законность. 2002. № 12.

ектов. Наличие групповых связей между субъектами дает им ряд льгот: при контроле за экономической концентрацией — упрощенный порядок уведомления о совершении сделок, при заключении ограничивающих конкуренцию соглашений — допустимость подобных соглашений между участниками группы лиц. Недобросовестные хозяйствующие субъекты, желающие воспользоваться вышеприведенными льготами, способны установить одну из приведенных в ст. 9 Закона формальных связей и тем самым без фактического наличия единой экономической политики и экономической консолидации иметь возможность обойти ряд антимонопольных запретов. Также справедливо констатировать возможность обратного обхода закона при наличии исчерпывающего перечня статичных критериев. Вполне возможны ситуации, когда фактически субъекты представляют собой единую рыночную единицу, однако под формальные критерии ст. 9 не подпадают. Все эти злоупотребления были бы невозможны в случае, если бы законодатель руководствовался предложенным Г.Ф. Шершеневичем критерием потери самостоятельности субъекта, входящего в группу лиц.

Резюмируя вышеизложенное, необходимо отметить, что законодатель игнорирует имеющиеся воззрения, сформированные дореволюционной цивилистической наукой, и взамен этого идет по пути упрощения: квалификации, стандартов доказывания и, игнорируя зарубежный опыт¹, создает уникальный в своем роде институт с закрытым перечнем статичных, негибких критериев, которые открывают простор для злоупотреблений и порой сознательного обхода норм о групповом регулировании. Остается надеяться, что в дальнейшем законодатель будет все чаще обращаться к уже разработанным концепциям, сформированным цивилистической наукой.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Н.А. Айзетулова,
соискатель кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу об исследовании правовых стимулов и правовых ограничений инвестиционной деятельности с учетом процессов конвергенции частного и публичного права

Инвестиционная деятельность регулируется и частным, и публичным правом. Поэтому достижение баланса частного и публичного регулирования инвестиционной деятельности является важным условием эффективного развития отношений в данной сфере.

¹ См.: Григорьев Т.Ю., Гурин Н.В. Правовое регулирование контроля и зависимости участников группы лиц в антимонопольном законодательстве России и ФРГ // Право и экономика. 2011. № 9. С. 70–74.

Под правовым регулированием инвестиционной деятельности мы понимаем осуществляемое всей системой правовых средств воздействие на инвестиционные отношения с целью их упорядочения. Информационно-психологическое же воздействие права на инвестиционную деятельность осуществляется через правовые стимулы и правовые ограничения, которые выражаются в правовых средствах.

Правовое регулирование инвестиционной деятельности на информационно-психологическом уровне осуществляется через систему правовых стимулов и ограничений инвестиционной деятельности. Правовые стимулы и ограничения инвестиционной деятельности мы рассматриваем как виды правовых средств исходя из их деления по информационно-психологической направленности на стимулирующие и ограничивающие средства. В свою очередь правовыми средствами воздействия на инвестиционную деятельность с информационно-психологического аспекта выступают не сами нормы права, договоры или правоприменительные акты, а конкретные меры информационно-психологического воздействия, которые в них содержатся. Это – субъективные права, льготы, гарантии, обязанности, меры наказания и т.п., которые трансформируются в правовые стимулы и правовые ограничения. На информационно-психологическом уровне правового регулирования инвестиционной деятельности все правовые средства воздействия на инвестиционную деятельность сводятся к двум видам: стимулирующим или ограничивающим.

Информационно-психологический аспект воздействия права на общественные отношения характеризуется воздействием прескриптивной правовой информации на мотивы субъектов и здесь можно выделить два основных юридических средства – правовые стимулы и правовые ограничения, которые синтезируют в себе информационные и психологические закономерности, осуществляемые в данном процессе¹.

Правостимулирующие информационные средства призваны побуждать личность к законопослушному поведению, выгодному как для нее самой, так и для общества, а правоограничивающие средства призваны сдерживать личность от противозаконного поведения, может быть выгодного для нее, но не выгодного, вредного для общества². Правовые стимулы и ограничения, выступая в качестве элементов системы правовых средств, являются инструментами, с помощью которых обеспечивается достижение поставленных правом целей и удовлетворяются интересы субъектов права.

Понятие «стимул» показывает, как потребности и интересы переходят в действие. Правовой стимул проявляется через взаимосвязь и соотношение категорий «потребности», «интересы», «условия». Данная взаимосвязь происходит следующим образом. «Законодатель, руководствуясь интересами личности и общества, облекает в правовую материю порядок удовлетворения потребностей; личность же в своем поведении... должна руководствоваться «правовыми» интересами, являющимися результатами развития общества в целом»³.

Благодаря такого рода интересам государство стимулирует одни потребности и ограничивает другие. И чем важнее для общества результат правового поведения, тем более стимулирующими свойствами наделяется правовой интерес. Не слу-

¹ См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М., 2004. С. 480.

² См.: Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 45.

³ Рзаев Т.Р. Стимулирование и средства обеспечения правомерного поведения советских граждан: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 1988. С. 8.

чайно, когда говорят о стимулировании... инвестиционной деятельности... имеется в виду влияние на интересы соответствующих субъектов таких мер и средств, которые являются по своей сути позитивными (благоприятными) для этих интересов. Только подобным путем можно повышать активность, развивать в нужном направлении социальные отношения¹.

Именно существование интересов является основой для существования самих правовых стимулов и правовых ограничений², в том числе и в сфере инвестиционной. Механизм воздействия на инвестиционные отношения заключается в корректировке действий (бездействия) субъектов инвестиционных отношений, имеющих различные интересы и цели, с помощью системы правовых стимулов и ограничений в целях направления данной сферы в нужное для государства и общества русло.

Правовые стимулы должны разумно сочетаться с правовыми ограничениями, так как для законодателя важно не только побуждать к социально-полезному поведению, но и сдерживать поведение социально-вредное, которое может причинить урон интересам личности, коллектива, государства и общества. Правовые ограничения ставят действия индивидов в определенные рамки, суживают их возможности до юридически и социально требуемого состояния³.

Правовые ограничения и правовые стимулы тесно взаимосвязаны друг с другом. Для обеспечения нормальной деятельности правового стимулирования необходимы правовые ограничения, так как «полное отсутствие ограничений приводит к деструктуризации системы как целого. Это закономерность вытекает из информационно-энтропийных соотношений и распространяется на все виды систем»⁴.

Инвестиционная деятельность — это своеобразная область правового стимулирования и правового ограничения, поэтому здесь действуют свои, свойственные этой сфере правовые стимулы и правовые ограничения.

Правовые стимулы и ограничения инвестиционной деятельности играют важную роль в его механизме правового регулирования. Целью механизма правового регулирования является упорядочение инвестиционных отношений, результативное воздействие на инвестиционную деятельность, которого невозможно достичь на информационно-психологическом уровне без соответствующих правовых стимулов и правовых ограничений, законодательно установленных и действующих в данной сфере.

Инвестиционная деятельность является сферой взаимодействия, соприкосновения, пересечения частных и публичных интересов. Основой инвестиционной деятельности является частный интерес, который формируется, исходя из следующих принципов правового регулирования: неприкосновенность частной собственности, свобода договора, запрет произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, и определяет конечную цель — получение прибыли и(или) достижения иного полезного эффекта, и одновременно координируется публичными интересами общества.

В стремлении государства как публично-властного образования скорректировать инвестиционную деятельность до состояния социально-публичной ее на-

¹ См.: Малько А.В. Указ. соч. С. 55.

² См. там же. С. 146.

³ См. там же. С. 3–6.

⁴ Седов Е.А. Информационно-энтропийные свойства социальных систем // Общественные науки и современность. 1993. № 5. С. 99.

правленности в интересах всего социума проявляется публичный интерес. Государственное регулирование инвестиционной деятельности предполагает и правовые ограничения в данной сфере.

Соотношение норм частного и публичного права при регулировании инвестиционной деятельности на каждом историческом этапе развития общества и государства может быть различным, и только конкретные политические, экономические и социальные приоритеты в обществе определяют баланс норм обоих макро-разделов права в данной сфере.

В рамках инвестиционной деятельности возникают самые различные отношения — административные, финансовые, гражданско-правовые и т.д. Это проявляется и в правовом регулировании инвестиционной деятельности различными отраслями публичного и частного права, в том числе гражданским, налоговым, финансовым, таможенным, бюджетным, административным правом. Поэтому в сфере инвестиционной деятельности действуют частноправовые и публично-правовые средства воздействия на нее, которые могут быть стимулирующими или ограничивающими. Следовательно, инвестиционная деятельность, с одной стороны, подвержена гражданско-правовому регулированию, с другой же стороны, на нее существенное влияние оказывает публичное право.

Наиболее широко публично-правовое регулирование имеет место на этапе преддоговорных инвестиционных отношений, а также в случае, когда стороной инвестиционных отношений становится публичный субъект. В возможности государственного правового регулирования инвестиционной деятельности путем установления ограничений проявляется публично-правовой аспект. На договорном этапе инвестиционной деятельности преобладает гражданско-правовое регулирование.

При нормальном общественном развитии наблюдается своего рода синтез, взаимопроникновение систем публичного и частного права. Это прослеживается и в сфере инвестиционных отношений. Поэтому логично рассматривать правовые стимулы и правовые ограничения инвестиционной деятельности с учетом процессов конвергенции частного и публичного права.

А.Ф. Ахмадуллина,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Значение учения Г.Ф. Шершеневича о биржах для формирования и развития современной теории правового регулирования биржевой торговли

В ряду тех несметных научных даров и открытий, за которые современная цивилистика бесконечно благодарна гению — Г.Ф. Шершеневичу, несомненно, особое место занимает учение о биржах и биржевой торговле. Пожалуй, основополагающим здесь остается то, насколько современен и актуален великий ученый в подходе к вопросу о роли и сущности биржевой торговли на сегодняшний день, на-

сколько точен, красноречив и последователен стиль изложения, насколько богато и занимательно для современного исследователя это наследие.

Отдельными вопросами правового исследования биржевой торговли на заре развития биржевых отношений в России занимались А.А. Васильев, К. Гаттенберг, В.А. Гетц, А.И. Каминка, Н.С. Лунский, А.С. Невзоров, Л.Н. Нисселович, К. Малышев, М.В. Познер, П.П. Цитович и др. Опираясь на эти и другие учения, Г.Ф. Шершеневич формирует в своем учении четко выстроенную систему понятий, определяющих отношения по поводу биржевой торговли. Именно Г.Ф. Шершеневич исследует биржевую торговлю в комплексном аспекте, анализируя не отдельные звенья биржевой системы, а охватив своим исследованием вопросы экономического значения биржи, правового статуса субъектов, объектов, процедурных вопросов в ведении биржевой торговли, гражданско-правовой ответственности за биржевые правонарушения. Особые положения посвящены классификации биржевых сделок. Концептуальными источниками для современного исследователя биржевых правоотношений в разрезе учения Г.Ф. Шершеневича будет служить «Курс торгового права», в частности: т. I, посвященный общим вопросам торговой деятельности и торговым посредникам, и т. II, посвященный товару и торговым сделкам.

Приступая к непосредственному анализу научных воззрений Г.Ф. Шершеневича на природу биржи, первоочередным представляется обозначить вопрос о правовом статусе биржи согласно действовавшему на тот момент законодательству о биржах и трактовке его самим ученым.

Итак, в ст. 591 Устава торгового (в ред. 1893 г.) было следующее понятие биржи: биржа — это есть сборное место или собрание принадлежащих к торговому классу лиц для взаимных торговых отношений и сделок¹. Определяя понятие биржи, Г.Ф. Шершеневич использовал более широкий подход, включая в содержание совокупность сделок, совершаемых на бирже, и основными элементами биржи выделяя совокупность торгующих лиц, которые собираются постоянно в определенном месте для взаимных сношений, — таково выражение «биржа многолюдна»; само место собраний, например в выражении «московская биржа на Ильинке»; совокупность сделок, совершаемых в этом месте, например, в выражении «вчерашняя биржа прошла тихо»².

Определяя юридическую сущность биржи и совершаемых на ней сделок, ученый приводит следующее: «Биржа, являясь сосредоточением спроса и предложения, представляет место совершения различных сделок. Однако нужно помнить, что на бирже сделки только заключаются, но никогда не исполняются: на бирже нет ни товара, ни денег. Кассовые сделки или сделки на наличные совершаются с целью действительно приобрести те товары или ценные бумаги, которые предлагаются здесь в огромном количестве. Это сделки с немедленным исполнением, хотя немедленность имеет здесь условное значение. Исполнение по такой сделке должно последовать, смотря по правилам биржи, в несколько дней по заключе-

¹ Носенко Д.А. Устав торговый с разъяснениями по решениям гражданского кассационного, четвертого департаментов и общих собраний Правительствующего Сената. Т. XI. Ч. 2 Св. зак. (изд. 1893 г.) 3-е изд., испр. и доп., неофиц. С. 173.

² Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М., 2005.

нии»¹. Характеризуя сделки, совершаемые на бирже, с точки зрения своей юридической природы Г.Ф. Шершеневич квалифицировал их как сделки купли-продажи, достаточно четко обозначая критериями выделения таких сделок особенности предмета, порядка исполнения и самой цели сделки².

Несомненно, детально проработанная классификация сделок, совершаемых на бирже, является важнейшим достижением в учении Г.Ф. Шершеневича о биржах. Ученый приводит совокупность различного рода сделок, в большей части сводящихся, по современной терминологии, к сделкам с расчетами день в день, наличным сделкам, форвардным сделкам, а также иным сделкам, направленным на хеджирование валютных и финансовых рисков. Особые надежды в этой системе ученый возлагает на появление такого вида финансовых операций, как репорт, приводя доводы относительно эффективности применения схем модели репорта по продлению биржевой спекуляции, не оправдавшейся в ближайший срок, но в верности которой спекулирующий уверен как в отличном средстве «помещения капитала на короткий срок, если этот капитал временно не находит прочного помещения»³.

Характеризуя правовой статус бирж, Г.Ф. Шершеневич поднимает вопрос об автономии бирж. Очевидно, вместе с тем, такая автономия более чем необходима на сегодняшний день, поскольку современная биржа должна быть ориентирована на прозрачность ведения биржевой торговли, на широкие полномочия в системе саморегулирования и внутреннего контроля, дифференцированность мер ответственности, применяемой биржей, доверие инвесторов и независимость от государственных структур в части организационной и финансовой деятельности.

Интересно представить вниманию читателя то, как Г.Ф. Шершеневич характеризует правовой статус биржевых посредников. Он писал: «Непосредственному вступлению в сделки препятствует часто незнакомство друг с другом лиц, готовых совершить одну и ту же операцию. Возможно одновременное существование нескольких лиц, желающих продать и купить тот же товар, но ни продавцы не могут найти соответствующих покупателей, ни покупщики — нужных продавцов. В этом случае оказывается весьма полезным вмешательство особых посредников — торговых маклеров, которые, благодаря условиям своего положения, лучше всего ознакомлены с отношением спроса к предложению. Деятельность их носит чисто фактический характер, они сами не совершают юридических сделок, а только способствуют их заключению, содействуют сближением фактических условий, наличность которых необходима для заключения юридических сделок.

Нельзя недооценить высокую значимость взглядов Г.Ф. Шершеневича относительно определения прав и обязанностей биржевых посредников. В этих взглядах отразилось все то, что и на сегодняшний день определяет правовой статус биржевых посредников в части особых требований к кандидатам на должность биржевых посредников, определяющих их правовой статус, запретов на ведение посредниками собственной торговли, требований о точной и подлинной идентификации клиен-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 236.

² См. подробнее: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М., 2005.

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. С. 242.

та, установления обязанностей по надлежащему исполнению поручений клиента, сохранению тайны сведений, получаемых от договаривающихся сторон¹, причем последнее служит эффективным гарантом как защиты прав на коммерчески значимую конфиденциальную информацию, так и инвестиционного равенства на организованном рынке в целом.

Научный и практический интерес вызывают исследования Г.Ф. Шершеневича в области урегулирования биржевых споров. Следует отметить, что биржевые арбитражные комиссии существовали уже в конце XIX в., о чем свидетельствует Устав Калашниковской хлебной биржи. Ученый неоднократно говорил о перспективах третейского разбирательства в делах по биржевым спорам. Как показывает практика, это не теряет актуальности и на день сегодняшний, поскольку ввиду специфики биржевых правоотношений наиболее мобильным и эффективным способом урегулирования возникающих споров служат именно несудебные процедуры, в том числе и медиация.

Как известно, особое значение в системе правоотношений по организации биржевой торговли в настоящий момент приобретает правовое обеспечение противодействия злоупотреблениям на организованном рынке, в частности пресечение инсайдерской торговли и манипулирования рынком. Интересным в данной связи представляется то, что еще в начале XX в. на некий прообраз этих правоотношений обратил внимание Г.Ф. Шершеневич, анализируя положения Устава торгового. Ученый комментировал положения об ответственности за убытки, обусловленные неверностью представленных при выпуске бумаги данных, необходимых для надлежащей оценки бумаги и финансового положения установления, выпустившего ценную бумагу. Ответственность определялась в размере разницы между ценой, уплаченной приобретателем ценной бумаги, и курсом, по которому бумага была затем продана или могла быть продана согласно последней до предъявления иска биржевой отметки. При этом существовала весьма интересная норма, согласно которой вместо уплаты указанной курсовой разницы ответственное лицо могло приобрести бумагу у истца по цене, по которой последний ее приобрел, или же по цене, по которой бумага выпущена в биржевое обращение, если таковая ниже покупной цены.

Анализируя те положения доктрины Г.Ф. Шершеневича, которые посвящены исследованию института биржи и биржевой торговли, нельзя не заметить возрастающее значение его взглядов по данному предмету и значительную рецепцию их современной наукой и практикой. Г.Ф. Шершеневич актуален всегда. Ученый весьма интересно и максимально доступно ведет дискурс о роли и сущности биржи применительно к аспектам частноправового регулирования, комплексно исследуя всю систему элементов. Несомненно, вклад ученого в развитии современной теории биржевой торговли более чем велик не только с позиции цивилистики, но и с позиции экономической теории, поскольку в своем учении Г.Ф. Шершеневич развернуто и последовательно представил взаимодействие как правовых, так и экономических сторон отношений, складывающихся по поводу биржевой торговли.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I: Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб. (по изд. 1908 г.) // www.allpravo.ru.

*А.В. Валеева,*аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Правовые основы ценообразования на энергетическом рынке: соотношение гражданско-правового и административно- правового регулирования

Энергетический рынок представляет собой совокупность связанных покупателей и продавцов, включая и другие инфраструктурные звенья, обеспечивающие нормальное функционирование отношений, возникающих в области энергетики с момента начала движения энергии от генератора до момента ее получения потребителем (покупателем). Главными принципами организации экономических отношений в данном сегменте рынка является обеспечение безопасности бесперебойного и надежного функционирования электроэнергетики, соблюдение баланса экономических интересов. Если внимательно приглядеться к данным принципам, невозможно не заметить всю сложность и многогранность правоотношений в сфере энергетики.

Механизм ценообразования на рынке электрической энергии носит комплексный характер, но прежде чем описывать его, необходимо разобраться в ключевых понятиях: цена, ценообразование. Согласно определению Г.Ф. Шершеневича, «ценою называется то количественное отношение, в котором находятся различные блага в обмене. Ценою данного блага следует признать количество других благ, которое может быть получено в обмен на него»¹. Современное понимание цены не сильно изменилось. «Цена — это количество денег (или других товаров и услуг), уплачиваемое и получаемое за единицу товара или услуги»².

В своих трудах Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на основы ценообразования. «В современном экономическом строе действует начало свободного определения цен силою чисто экономических факторов... Цены, установленные не свободно, а принудительно, не силою экономических факторов, а силою закона, — называются такою»³. Таким образом, он справедливо обращал внимание на два вида ценообразования: государственное (регулируемое) и свободное (нерегулируемое).

Законодатель закрепил понятие ценообразования в Постановлении Правительства РФ от 29 декабря 2011 г. «О ценообразовании в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике»: «Ценообразование — это процесс расчета и установления регулируемых цен (тарифов), применяемых при расчетах за электрическую энергию (мощность), а также за соответствующие услуги, оказываемые организациями, осуществляющими регулируемую деятельность». Однако такое понимание ценообразования является узким, поскольку отражает процесс установления регулируемых цен, а, как известно, на рынке электроэнергии цены могут установ-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. М., 2003 (URL: <http://www.sud09.ru/bibliot/Elib/899.html>).

² Энциклопедический словарь (URL: <http://tolkslovar.ru/ts377.html>, дата обращения 05.02.2013).

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

ливаться и соглашением сторон. Следовательно, **под нерегулируемым ценообразованием следует понимать** «установление цен, процесс выбора окончательной цены в зависимости от исходной стоимости продукции, цен конкурентов, соотношения спроса и предложения и других факторов»¹.

Государство в лице своих органов реализует публичный интерес. В указанной сфере это проявляется в законодательно закреплённой системе государственного регулирования цен на тарифы сетевых организаций, системного и коммерческого оператора, тарифов в виде сбытовой надбавки, а также на электроэнергию, отпускаемую покупателям в неценовых зонах и тарифов для населения (приравненных к нему субъектам) до 2014 г.

Необходимость установления тарифов в указанных сферах вполне обоснована. Однако «защита публичных интересов должна осуществляться не для защиты самого государства как конечной цели, а для наиболее эффективного осуществления прав частных лиц»², так как цель государства — это интересы отдельных людей³. Именно с этой целью законодателем была проведена реформа: введение конкурентных начал в указанной сфере, отход от затратного метода ценообразования к рыночному, разделение рынка на оптовый и розничный.

В рамках нерегулируемого сектора оптового рынка функционируют три рынка электроэнергии: свободные двусторонние договоры (СДД); рынок на сутки вперед (РСВ); балансирующий рынок (БР). На перечисленных рынках в договоре купли-продажи цена устанавливается на основании законов спроса и предложения, но если в СДД ее устанавливают непосредственно стороны договора, то на РСВ и БР опосредованно через коммерческого оператора.

Помимо договора купли-продажи на рынке электрической энергии необходимо выделить организационные договоры, направленные на реализацию договора купли-продажи, а также обеспечение надежного, безопасного энергоснабжения и в целом надлежащего функционирования всего рынка. К ним относятся договоры: об оказании услуг по оперативно-диспетчерскому управлению; о присоединении к торговой системе оптового рынка; договор об осуществлении технологического присоединения к электрическим сетям; возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии. Несмотря на то, что законодателем установлена четкая процедура заключения вышеуказанных договоров, регулирование данных правоотношений осуществляется на основании гражданско-правовых норм. Регулирование указанных гражданско-правовых отношений осложняется публично-правовым элементом, а именно условием о размере цены, устанавливаемом в императивном порядке. Одновременно законодатель признает, что при государственном регулировании цен (тарифов) обязательно используются данные о нерегулируемых прогнозных свободных ценах на электрическую энергию, т.е. размер нерегулируемой цены влияет на регулируемую.

Известно, что при приобретении электроэнергии по нерегулируемым ценам ее конечная цена возрастает за счет необходимости оплаты услуги по передаче элек-

¹ Ценообразование (*Pricing*) (URL: http://forexaw.com/TERMs/Economic_terms_and_concepts/Economic_and_legal_terminology, дата обращения 05.02.2013).

² Даньков А.А. Баланс частного и публичного интересов и их значение в правоприменительной практике // Проблемы местного самоуправления. 2005 (URL: <http://www.samoupravlenie.ru/16-05.htm>).

³ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990. С. 279; Спиноза Б. Избранные сочинения. Т. 2. М., 1957. С. 207, 261; Локк Д. Избранные философские произведения. Т. 2. М., 1960. С. 16.

троэнергии оперативно-диспетчерскому управлению и др. Несмотря на определенные преимущества государственного установления тарифов, это вызывает проблемы, а именно установление дискриминационных видов тарифов, сам порядок утверждения цен и распределение полномочий между государственными органами в области регулирования цен, виды тарифов, наличие механизма «перекрестного субсидирования».

Указанные выше проблемы свидетельствуют о том, что законодательно закрепленная система государственного регулирования тарифов не отвечает требованиям современного рынка. При наличии такого жесткого механизма регулирования даже наличие нерегулируемого сектора ценообразования не способствует развитию реальной конкуренции. В числе факторов, влияющих на ценообразование, можно назвать цену на топливо, выбор состава включенного оборудования, ремонтную компанию, климатические факторы, снижение и (или) повышение уровня потребления электроэнергии как в целом, так и в отдельных ценовых (неценовых) зонах и др.

За последние годы произошло постепенное расширение сферы частноправового регулирования ценообразования (оно преобладает на данный момент). Доказательством тому служит поэтапное сокращение торговли электроэнергией по регулируемым ценам, которое началось с 90–95% в 2007 г. и сократилось до 15–20% в 2010 г., а с 1 января 2011 г. электрическая энергия в полном объеме поставляется по свободным (нерегулируемым) ценам. Продажа по регулируемым договорам является исключением. Следовательно, разумная публично-правовая активность стимулирует гражданско-правовую и влияет на сферу гражданско-правовой правореализации, в частности на заключение договоров на условиях, определяемых сторонами. В целом законодательно очерченные границы государственного регулирования в сфере ценообразования на рынке электрической энергии представляются разумными и оправданными. Однако административно-правовой элемент регулирования в данной сфере проявляется в установлении цены в организационных договорах. Необходимость его существования не вызывает сомнения, но в настоящей форме рынок эффективно функционировать не может. «Побочные эффекты» административно-правового регулирования (отсутствие единой политики ценообразования на территории всей Российской Федерации, злоупотребление своим положением сетевыми компаниями и др.) ведут к несоблюдению баланса интересов субъектов рынков электрической энергии. В результате публичный интерес ставится выше частного, что представляется неверным, так как публичный интерес должен отражать совокупность частных интересов. Следствием указанных (отрицательных) факторов является ограничение гражданско-правовой активности субъектов оптового и розничного рынков.

В целом либерализация рынка электроэнергии имеет положительный результат, поскольку субъектам данных правоотношений предоставлена возможность покупать и продавать электроэнергию на свободных условиях, продиктованных законами рыночной экономики, что призвано обеспечить снижение затрат на производство и потребление электроэнергии. Однако следует констатировать, что реформирование указанной сферы экономики еще не закончилось и требует дальнейшего совершенствования.

С.Г. Вольский,

аспирант, юрисконсульт ООО «Аир Плюс» (г. Казань)
научный руководитель к.ю.н., доцент П.З. Иванишин

Ограничение в сфере рекламы как пример конвергенции частного и публичного права

Конвергенция частного и публичного права вызывает наибольший интерес в рекламной деятельности. Ведь вместе с плановой экономикой и господством публичного права в прошлом веке какого-либо правового регулирования данный институт не знал. Лишь со становлением правового государства такая необходимость возникла. В 2006 г. был принят Федеральный закон «О рекламе»¹, где в общих положениях наблюдается взаимопроникновение интересов. Провозглашается как реализация публичного интереса, выражающегося в обеспечении единства экономического пространства, предупреждения нарушений законодательства о рекламе, так и реализация частного интереса в соблюдении конкуренции, реализации прав потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы. Надо отметить, что в рекламной сфере проявление интереса публичного и проявление интереса частного в отдельности достаточно сложно уловить. Ведь там, где реализуется интерес потребителя на добросовестную и достоверную рекламу, проявляется интерес общества и государства в целом. В свое время при рассмотрении проблемы соотношения частных и публичных интересов Г.Ф. Шершеневич справедливо отмечал: «В самом деле, где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»².

На современном этапе развития государства и права ключевая роль в достижении баланса прав и свобод личности и публичных интересов государства и общества принадлежит законодательным ограничениям.

Анализ установленных ограничений позволяет условно разделить их на две группы — общие и специальные.

При этом под общими ограничениями к рекламе следует понимать, ограничения, императивно применяющиеся к любой рекламе, независимо от объекта рекламирования, способа распространения рекламы и других показателей. Общие ограничения к рекламе сосредоточены в ст. 5 Закона «О рекламе». В данной статье закреплены важные положения, касающиеся общих запретов и ограничений на размещение рекламы, содержатся определения недобросовестной и недостоверной рекламы, а также признаки, по которым реклама может быть признана таковой. Так, реклама признается недобросовестной, если содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, порочит честь и достоинство потребителя или предпринимателя, является актом недобросовестной конкуренции, а также реклама которого запрещена данным способом.

¹ СЗ РФ. 2006. № 12. Ст. 1232.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 2.

Недобросовестной признается реклама, которая содержит не соответствующие действительности сведения.

Специальные ограничения к рекламе устанавливаются в отношении отдельных видов рекламы и не распространяются на всю рекламную продукцию. Специальные ограничения к рекламе обусловлены способами распространения рекламы (например, наружная реклама) и спецификой объекта рекламирования (например, реклама алкогольной продукции).

Таким образом, с помощью законодательных ограничений и требований наблюдается соотношение публичного и частного интереса, выражающегося как в создании благоприятной общественной среды (реклама не должна побуждать к совершению противоправных действий), так и в охране интересов граждан (реклама не должна порочить честь и достоинство потребителя).

Если смотреть с другой стороны, взаимопроникновение интересов может проявляться в зависимости от субъекта рекламной деятельности, т.е. рекламодателя, рекламопроизводителя и рекламораспространителя, потребителя рекламы.

Так, рекламодатель — изготовитель или продавец товара заинтересован в прибыли, которая может проявляться благодаря надлежащей рекламе своего товара. Соотношение интересов рекламодателя реализуется через требования о добросовестности и достоверности. Частный интерес проявляется в том, что реклама не должна содержать некорректные сравнения рекламируемого товара с другими, порочить честь и достоинство изготовителя, использовать запрещенные приемы рекламной деятельности, а также должна содержать сведения, соответствующие действительности. Публичный интерес также находит свое отражение в требованиях о добросовестности и достоверности. Реклама запрещена, если является актом недобросовестной конкуренции и побуждает к совершению противоправных действий, призывает к насилию и жестокости.

Конвергенция частных и публичных интересов в деятельности рекламопроизводителя и рекламораспространителя может находить свое отражение в предпринимательских отношениях. Предприниматель действует на свой риск и в своем интересе. Рекламопроизводитель или рекламораспространитель прежде всего заинтересован в получении прибыли, а также в охране своей интеллектуальной собственности, которая реализуется благодаря законодательным ограничениям и требованиям. При этом частные интересы субъектов предпринимательской деятельности гарантируются соблюдением конституционных, межотраслевых и отраслевых принципов предпринимательского права. К числу таких принципов относятся принципы свободы предпринимательской деятельности, многообразия и юридического равенства форм собственности, свободы договора, права на информацию и др.

Как правило, публичные интересы обеспечиваются посредством закрепления государством требований в правовой форме к хозяйствующим субъектам в процессе осуществления ими предпринимательской деятельности. Такие требования могут быть сформулированы в виде запретов, ограничений и обязываний к совершению определенных действий. Эти ограничения закрепляются в правовых актах и являются обязательными к их соблюдению. Таким образом, государство регулирует деятельность субъектов рекламных отношений с целью защиты интересов не только самого предпринимателя, но и общества, государства в целом.

Потребитель рекламы заинтересован в информации, которая не нарушает его права (например, об условиях доставки, обмена, ремонта рекламируемого товара) и права лиц, находящихся у него на попечении (например, создание у несовершеннолетнего искаженного представления о товаре). Обеспечение частного интереса потребителя рекламы (конкретного гражданина, юридического лица) может реализовываться не только законодательными ограничениями, но и гражданско-правовыми способами. Надо отметить, что «только комплексное правовое регулирование в рамках одной отрасли, соединяющей публично-правовые и частноправовые начала, способно обеспечить должное воздействие на столь значимое общественное явление, как предпринимательство»¹.

Таким образом, конвергенция частных и публичных интересов в рекламной деятельности может реализоваться с помощью императивных ограничений (общих и специальных), при которых государство устанавливает «рамки» для субъективных прав. При этом соотношение интересов может также проявляться в зависимости от субъекта рекламной деятельности.

А.В. Ермалович,
магистр юридических наук, аспирант юридического факультета,
Белорусский государственный университет;
член комиссии по спортивному праву ОО
«Белорусский республиканский союз юристов»

К вопросу о закреплении понятия спортивного спора в белорусском законодательстве

Современный этап развития общественных отношений характеризуется большим количеством правовых споров. Не исключение и спортивные споры, число которых постоянно растет.

Наиболее полно сущность спорта выражается в соревновательном духе. Соревновательная практика представляет собой участие в официальных и неофициальных соревнованиях, а также выполнение соревновательных упражнений².

В качестве признаков соревновательной деятельности выделяют следующие.

Во-первых, поскольку участники соревновательной деятельности стремятся превзойти друг друга в спортивном мастерстве, соревнования всегда представляют особую значимость для спортсмена, усиливающуюся присутствием зрителей и судейства, которые дают оценку спортсменам.

Во-вторых, для соревновательной деятельности характерна повышенная степень неопределенности. На результат соревнований оказывают влияние самые разные внутренние (эмоциональное состояние спортсмена, уровень его физической подготовки) и внешние (погодные условия, субъективность судейства) факторы.

¹ Российское предпринимательское право: учебник /отв.ред. И.В. Ершова, Г.В. Отнюкова. М., 2006. С. 13.

² См.: Красиков А.А. Общая теория спортивных соревнований: проблемы и опыт их решения: автореф. дис. ... д.пед.н. М., 2007. С. 31.

В-третьих, строго ограниченный промежуток времени для принятия и исполнения решений¹.

Для профессионального спорта в настоящее время следует выделить четвертый признак — экономический интерес, проявляющийся в получении материального вознаграждения, размер которого непосредственно зависит от показанного результата.

Указанные особенности спортивных отношений обуславливают предрасположенность спорта к возникновению конфликтов между субъектами спортивной деятельности.

Спорт представляет собой неотъемлемую составную часть жизнедеятельности общества. Поэтому конфликтам, возникающим в этой сфере, свойственны как общие сущностные черты, характерные любому социальному конфликту, так и специфические особенности. Социальный конфликт может иметь или не иметь юридический характер. Юридическим конфликтом следует признать любой конфликт, в котором спор так или иначе связан с правовыми отношениями сторон (их юридически значимыми действиями или состояниями) и, следовательно, субъекты, либо мотивация их поведения, либо объект конфликта обладают правовыми признаками, а конфликт влечет юридические последствия².

Таким образом, в данном исследовании рассматриваются именно юридические конфликты в спортивной сфере, т.е. спортивные споры. В свою очередь легального определения спортивных споров белорусский законодатель не дает.

Начать следует с главного, определяющего слова в этом сочетании: спорт. В соответствии со ст. 1 Закона Республики Беларусь от 18 июня 1993 г. № 2445-ХІІ «О физической культуре и спорте» (далее — Национальный закон о спорте) спорт — социально-культурная деятельность, осуществляемая в форме соревнований и подготовки к участию в соревнованиях.

Одновременно Национальный закон о спорте вводит еще две дефиниции — спорт высших достижений и профессиональный спорт. Так, спорт высших достижений — это спорт, направленный на достижение высоких спортивных результатов, установление рекордов. Профессиональный спорт — предпринимательская, трудовая и иная не запрещенная законодательством деятельность, направленная на достижение высоких спортивных результатов и получение доходов (вознаграждений) от организации спортивных мероприятий и (или) участия в них.

В ст. 32 Национального закона о спорте указывается, что отношения, возникающие в профессиональном спорте между спортсменами, тренерами, судьями, иными гражданами, осуществляющими деятельность в сфере физической культуры и спорта, а также организациями физической культуры и спорта, иными организациями, осуществляющими деятельность в сфере физической культуры и спорта, регулируются ГК РБ, ТК РБ, Национальным законом о спорте и иными актами законодательства.

К сожалению, в законодательстве не указывается, что между субъектами спортивной деятельности могут складываться и специфические спортивные отношения, которые нельзя отнести в чистом виде ни к одной из известных отраслей права и законодательства (например, отношения между спортивной федерацией и спортивным клубом по организации соревнований; между спортивными федерация-

¹ См.: *Погосян Е.В.* Формы разрешения спортивных споров: (сравнительно-правовой аспект): автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2009. С. 14.

² См.: *Кузин В.В., Кутепов М.Е., Холодняк Д.Г.* Спортивный арбитраж. М., 1996. С. 12.

ми; между спортивным клубом, спортсменом и спортивной федерацией по вопросу участия спортсмена в соревнованиях и т.д.).

Но если выделять спортивные споры в какую-то отдельную категорию (а это нужно делать для квалифицированного их разрешения), то надо учитывать только специальные (специфические) спортивные споры, которые характеризуются особенностью (спортивный характер) отношений между спорящими субъектами. Другой путь чреват возвратом к уже имеющимся классификациям споров с определенными правилами подведомственности или к ненужному дроблению обычных споров по субъектному составу¹.

Понятию спортивных споров в науке уделено достаточно внимания. Данная тема исследовалась многими зарубежными и белорусскими авторами. И.В. Корпушенко под спортивным спором предлагает понимать спор, возникший в ходе проведения спортивного соревнования и (или) подготовки к его проведению между субъектами спортивных правоотношений по поводу защиты материальных и (или) нематериальных благ, нарушенных в ходе проведения спортивных соревнований и (или) в процессе подготовки к их проведению². Отмечая позитивность вышеуказанного исследования, отметим, что в качестве предмета спора более верным было бы назвать нарушенные имущественные и неимущественные права субъектов спортивных правоотношений. Удачной дефиницией стоит признать определение, предложенное Е.В. Погосян, которая считает, что спортивные споры — это разногласия субъектов, участвующих в спортивных отношениях по поводу взаимных прав и обязанностей, а также их разногласия, возникающие из отношений, хотя и не являющихся спортивными, но оказывающих влияние на права и обязанности спортсменов как субъектов спортивных отношений³.

Однако белорусское законодательство на сегодняшний день не закрепляет понятия спортивного спора. В свою очередь зарубежный опыт законодательного регулирования идет по пути либо прямого закрепления дефиниции спортивного спора, либо косвенного — через определение компетенции спортивных судебных, арбитражных и посреднических органов. Так, Федеральный закон Канады о продвижении физкультурной деятельности и спорта от 19 марта 2003 г. указывает, что спортивный спор включает в себя споры между спортивными организациями и споры между спортивной организацией и аффилированными в ней лицами, включая ее членов⁴. По второму пути через определение юрисдикции органов, разрешающих спортивные споры, пошли Италия⁵, Франция⁶, Испания, Бразилия и др.

¹ См.: Каменков В.С. Понятие и разрешение спортивных споров в мире и в Беларуси // Вестник Высшего хозяйственного суда РБ. 2009. № 13. С. 131–132.

² См.: Корпушенко И.В. Спортивные споры: понятие и классификация // Спортивное право в Республике Беларусь: сб. ст. Вып. 2. Минск, 2012. С. 253.

³ См.: Погосян Е.В. Спортивные споры: понятие и классификация // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 8 С. 35.

⁴ См.: Казаков Р.В. Федеральный закон Канады о продвижении физкультурной деятельности и спорта от 19 марта 2003 г. // Законодательство о спорте и система государственного управления в области спорта в Канаде; Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2012. П. 2 ст. 10.

⁵ См.: Соловьев А.А. Кодекс Высшего Суда спортивной юстиции // Итальянская модель систематизации спортивной регламентации; Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2011. Ст. 2, ст. 4, прим. 9.

⁶ См.: Соловьев А.А. Спортивный кодекс Франции. Регламентарная часть — Декреты. Кн. I // Спортивный кодекс Франции. Регламентарная часть — Декреты. Кн. I и II / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России. М., 2010. Ст. R 141-5.

Конечно, понятие спортивного спора присутствует в нормативно-правовой базе не всех стран, уделяющих внимание развитию спорта. К примеру, такие страны Латинской Америки, как Уругвай, Аргентина, не закрепили в понятийном аппарате законов о спорте подобного определения.

Тем не менее следует сделать вывод о назревшей необходимости закрепления понятия «спортивный спор» на законодательном уровне в Республике Беларусь, определив его как «юридический конфликт участников спортивных отношений по поводу взаимных прав и обязанностей, возникающий при подготовке, во время и после проведения спортивных соревнований».

В.А. Завертнева-Ярошенко,

ст. преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин,
Одесский национальный университет им. И.И. Мечникова

Концессия как форма государственно-частного партнерства

Концепт сотрудничества государственного и частного секторов в области хозяйственной деятельности, строительства новых и управления уже существующих инфраструктур, оказания общественных услуг доказал свои преимущества во многих странах мира.

Благодаря такому партнерству появляются возможности удовлетворения общественных потребностей населения без привлечения государственных средств и без дополнительной нагрузки на исполнительные органы власти. Государственные органы управления всех стран сталкиваются с одной и той же проблемой: решить непростой вопрос создания новых инфраструктур, обеспечить нормальное функционирование служб общественного назначения, не увеличивая при этом налогообложение и бюджетный дефицит.

В связи с этим наблюдается тенденция широкого использования возможностей, которые предоставляет концессия.

В странах, прибегнувших в свое время к национализации, можно отметить, что государственные предприятия мало результативны и финансово тяжело управляемы. В то же время привлечение частного капитала часто влечет за собой приватизацию, что не всегда совпадает с экономическими целями государства. Как свидетельствует практика, процесс приватизации в нашем государстве имеет немало негативных моментов, а кроме этого далеко не все государственное выгодно передавать в частную собственность. Одновременно бюджетных средств явно не хватает, чтобы использовать и развивать государственные объекты. Поэтому использование такого метода хозяйственной деятельности, как концессия, оценивается многими странами как возможность внедрение частного сектора, что позволяет совместить понятия «независимость» и «рынок». Оставаясь под контролем государственных или местных органов, концессия позволяет применить законы «рынка» при эксплуатации госсектора, что более гармонично, нежели приватизация, которая служит только частным финансовым интересам.

Предоставить концессию совсем не означает приватизировать. Приватизация как форма сотрудничества государственного и частного сектора известна и практикуется на Украине с 1992 г.

При приватизации частная компания становится собственником объекта в отличие от концессии. Тут преимущества концессии очевидны: государственные и местные органы становятся обладателями производственных мощностей по мере завершения их эксплуатации концессионером, не тратя при этом средств из местного или государственного бюджетов.

Успех концессии может быть гарантирован наличием определенных условий: политическая, финансовая, социальная стабильность; соблюдение заключенных договоров; строгое соблюдение законодательства всеми партнерами; создания благоприятных условий для привлечения национальных и иностранных инвесторов¹.

Несмотря на прямой технический и финансовый интерес к иностранным инвестициям, их привлечение в рамках концессии остается сложным из-за политических соображений и вопроса платежеспособности населения.

Для создания благоприятных условий инвестирования необходимо, с одной стороны, предотвратить ощущение населения, что национальное достояние раздается в руки иностранного капитала, а с другой — повышение цен для покрытия затрат на модернизацию не должно выглядеть невыносимым для населения.

Опыт в разных странах, и в частности в Европейском сообществе, показывает, что концессия (или делегирование управления публичных служб) дает наиболее положительные результаты, чем монополия государственных предприятий. Отметим, что часто монополия государственного управления в сфере экономической деятельности является причиной потери эффективности производства и снижения экономической деятельности. Концессия позволяет совместить политические интересы и требования модернизации экономики.

Еще одно преимущество концессии заключается в комплексном подходе к процессам проектирования, строительства, эксплуатации и обслуживания объектов общественной инфраструктуры. Поскольку комплексные проекты более усовершенствованы, концессионеры будут более заинтересованы в том, чтобы принять на себя ответственность за весь проект в целом, включая все его этапы. Таким образом, концессионеры вместе с собственниками объекта (государственные или местные органы) берут на себя весь финансовый риск, связанный с проектом. Как вознаграждение концессионер получает право и даже обязанность перед своими инвесторами на получение доходов от вложенного капитала.

Концессия лучше соответствует правилам конкуренции, чем монополия государственных предприятий.

Преимущество концессии также заключается в том, что она может быть применена к различным формам общественных услуг: могут быть созданы концессии по содержанию материальной базы, которые задействованы в сфере оказания услуг, а именно: автопарки, автомагистрали, аэропорты, системы водоснабжения и т.д.² Действие концессии может ограничиваться или фазой строительства, или фазой эксплуатации, и лишь в случае, когда она охватывает обе эти фазы, концессия мо-

¹ Программа экономических реформ на 2010–2014 гг. «Обеспеченное общество, конкурентоспособная экономика, эффективное государство» // www.president.gov.ua

² Закон Украины от 1 июля 2010 г. «О государственно-частном партнерстве» // <http://www.rada.kiev.ua>

жет полностью развить свои потенциальные возможности. Экономический и политический успех концессии показывает необходимость сохранить ее юридическую независимость и не пытаться «прикрепить» к понятию «аренда», экономическая и финансовая сущность которой существенно отличается¹.

Кроме того, форма концессии предусматривает возможность участия в ней разных категорий концессионеров (государственные, частные, смешанные), как и разных форм техники финансирования (традиционные займы, частично возвращенные займы, инвестиционный капитал). Различные формы финансирования находят свое отражение в разных формах распределения риска.

Нет сомнения в том, что применение варианта содружества между государственным и частным сектором в сфере общественной инфраструктуры Украины обещает дать такие же положительные результаты, которые наблюдаются сейчас в странах Западной Европы. При этом необходимо заметить, что, в отличие от этих стран и несмотря на экономический кризис переходного периода в нашей стране уже сегодня есть потенциальные инвесторы, которые согласны самостоятельно финансировать объекты общественной инфраструктуры (в частности, строительство платных автомагистралей). Одна из основных проблем состоит в отсутствии необходимой законодательно-правовой базы в этой сфере. Поэтому очень важно сейчас заниматься популяризацией опыта европейских стран в данном вопросе, с тем чтобы ускорить позитивные сдвиги, которые зависят сейчас от того, насколько быстро смогут украинские законодатели убедиться в преимуществе такого подхода к решению экономических вопросов и подвести под него необходимую юридическую базу.

В.В. Кванина,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой предпринимательского и коммерческого права,
Южно-Уральский государственный университет

О причинах сбоя гарантийного механизма защиты прав контрагентов оценщиков

Одним из приоритетных направлений Концепции административной реформы в России является внедрение негосударственного регулирования хозяйственной деятельности — саморегулирования. Содержательной сущностью данного регулирования является создание более гарантированного механизма защиты прав контрагентов в случае причинения им вреда членами саморегулируемой организации, элементами которого являются системы личного и (или) коллективного страхования и компенсационный фонд (ст. 13 Федерального закона «О саморегулируемых организациях»). Данные защитные меры только тогда могут заработать, когда четко прописан механизм их реализации.

¹ Intretien de la redaction avec Mr Riabchenko // Revue de la concession et de la delegation du service public. Mars., 1999. P. 6.

Применительно к оценочной деятельности такой механизм закреплен в Федеральном законе «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон об оценочной деятельности). В нем, в частности, определено, что убытки, причиненные заказчику, заключившему договор на проведение оценки, или имущественный вред, причиненный третьим лицам вследствие использования итоговой величины рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанной в отчете, подписанном оценщиком или оценщиками, подлежат возмещению в полном объеме за счет имущества оценщика или оценщиков, причинивших своими действиями (бездействием) убытки или имущественный вред при осуществлении оценочной деятельности, или за счет имущества юридического лица, с которым оценщик заключил трудовой договор.

Юридическое лицо, с которым оценщик заключил трудовой договор, может указать в договоре на проведение оценки условия принятия на себя обязательства по дополнительному обеспечению обязанности оценщика возместить убытки, причиненные заказчику, заключившему договор на проведение оценки, или имущественный вред, причиненный третьим лицам (ст. 24⁶).

В отношении указанного положения о юридическом лице, с которым оценщик заключил трудовой договор, следует отметить ее абсурдность, поскольку если оценщик состоит в трудовых отношениях с юридическим лицом, то это предполагает, что ответственность перед заказчиком или третьими лицами за действия работников должника должен нести сам должник — юридическое лицо, а не работник (ст. 402 и 1068 ГК РФ).

В результате юридические лица, заключающие договоры на проведение оценки, фактически освобождены от ответственности за исполнение заключенных ими договоров. При этом не совсем понятно, что означает «обязательства по дополнительному обеспечению обязанности оценщика возместить убытки». Логически это должно быть поручительство по обязательству возмещения убытков.

Более того, Закон об оценочной деятельности содержит специальную норму, из которой следует, что заказчики при причинении им убытков в любом случае должны обращаться именно к оценщику, а не к юридическому лицу (абз. 6 ст. 24⁸).

В целях обеспечения имущественной ответственности членов саморегулируемой организации оценщиков перед заключившим договор на проведение оценки заказчиком и (или) третьими лицами саморегулируемая организация оценщиков обязана предъявлять к своим членам требования об использовании следующих видов обеспечения такой ответственности:

- заключение договора обязательного страхования ответственности оценщика при осуществлении оценочной деятельности, размер страховой суммы в котором не может быть менее чем 300 тыс. руб.;

- формирование компенсационного фонда саморегулируемой организации оценщиков, в который каждым членом саморегулируемой организации оценщиков должен быть внесен обязательный взнос в размере не менее чем 30 тыс. рублей.

Требование о получении компенсационной выплаты за счет компенсационного фонда может быть предъявлено к саморегулируемой организации оценщиков только в случае совпадения следующих условий:

- для возмещения ущерба, причиненного оценщиком, недостаточно средств, полученных по договору обязательного страхования ответственности;

— оценщик отказался удовлетворить требование заказчика или третьего лица о возмещении ущерба либо заказчик или третье лицо не получили от него в разумный срок ответ на предъявленное требование.

Основанием для обращения взыскания на компенсационный фонд считается установленный решением арбитражного суда или признанный страховщиком факт наступления страхового случая по договору обязательного страхования ответственности.

Страховым случаем по договору обязательного страхования ответственности является установленный вступившим в законную силу решением арбитражного суда или признанный страховщиком факт причинения ущерба действиями (бездействием) оценщика в результате нарушения требований федеральных стандартов оценки, стандартов и правил оценочной деятельности, установленных саморегулируемой организацией оценщиков, членом которой являлся оценщик на момент причинения ущерба (ст. 24⁷ Закона об оценочной деятельности).

В случае наступления страхового случая страховщик производит страховую выплату в размере причиненного заказчику и (или) третьему лицу реального ущерба, установленном вступившим в законную силу решением арбитражного суда, но не более чем в размере страховой суммы по договору обязательного страхования ответственности.

Таким образом, цепочка ответственных лиц перед контрагентом оценщика будет выглядеть следующим образом: оценщик, страховщик, саморегулируемая организация оценщиков в пределах средств компенсационного фонда. Иными словами, ответственность саморегулируемой организации оценщиков будет носить субсидиарный характер.

Размер компенсационной выплаты за счет средств компенсационного фонда по требованию или требованиям заказчиков либо третьих лиц к одному оценщику по одному страховому случаю не может превышать 5 млн руб. (1 млн руб., если положительное экспертное заключение подготовлено экспертом или экспертами саморегулируемой организации оценщиков). При этом срок выплаты возмещения из компенсационного фонда законодатель не оговорил.

Следует признать, что возможность выплаты средств из компенсационного фонда саморегулируемой организации оценщиков в порядке возмещения вреда, причиненного ее членом, маловероятна, поскольку Закон об оценочной деятельности практически освободил оценщиков от ответственности, — итоговая величина рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанной в отчете, признается достоверной и рекомендуемой (ст. 12). На практике это оборачивается тем, что суды отказывают в удовлетворении требований заказчиков объекта оценки, если отчет об оценке недостоверен, мотивируя это тем, что поскольку величина стоимости не является обязательной для сторон, то заказчик оценки объекта не лишен возможности, действуя разумно и осмотрительно, предпринять любые действия по проверке достоверности представленного ему отчета.

Как следствие, привлечь второе звено в цепочке ответственных лиц, — страховщика, также не представляется возможным, так как для признания случая страховым и выплаты страхового возмещения необходим установленный судом или признанный страховщиком факт причинения ущерба действиями (бездействием) оценщика (страхователя).

Таким образом, если не доказана вина оценщика и не установлен страховой случай, то соответственно не может идти и речи о выплате средств из компенсационного фонда саморегулируемой организации оценщиков. По всей вероятности, таких выплат еще и не было, о чем свидетельствует произведенный анализ судебной практики. И в данном случае следует согласиться с А.П. Лебединовым, который применительно к «реальности» страховых случаев в профессиональной деятельности обращает внимание на то, что пока нет реальной материальной ответственности лиц, занимающихся конкретным видом профессиональной деятельности, то и не будет страховых случаев, а если продолжить его мысль, — то не будет и выплат из компенсационных фондов саморегулируемых организаций. Пока же страхование и компенсационный фонд выступают в основном лишь способом изъятия средств у оценщиков, а у контрагентов оценщиков нет даже слабой надежды на возмещение вреда, причиненного недостоверным отчетом об оценке.

А.Ю. Комарова,

аспирант,

Российская правовая академия Министерства юстиции РФ

Инвестиционные услуги банков по зарубежному законодательству

«Когда имеется в виду установить важность экономического фактора в образовании права, когда утверждается, что право развивается, складывается под условием склада экономических отношений, то против этого невозможно возражать с точки зрения исторической действительности. История права дает немало подтверждений такому положению»¹.

Эти слова, сказанные великим ученым Г.Ф. Шершеневичем более столетия назад, не менее актуальны и неоспоримы и в наше время. История и в самом деле не раз наглядно продемонстрировала обществу прямую взаимосвязь экономической обстановки и правовых веяний. Одним из таких веяний явилось появление категорий «инвестиций» и «инвестиционных услуг» в банковском праве.

История инвестиций, как бы они ни назывались в разное время, насчитывает многие сотни лет. Тем удивительнее, что ученые еще не пришли к согласию относительно сути инвестиций: до сих пор нет единой дефиниции, разработанной для своих целей экономистами или правоведами, хотя инвестиции входят в научный инструментарий тех и других.

Понятие инвестиций и инвестиционной деятельности разрабатывались на протяжении XX столетия учеными стран с различными правовыми порядками. В некоторых странах были приняты отдельные специализированные нормативные правовые акты, где на законодательном уровне были закреплены понятия инвестиций, инвестиционной деятельности, определены условия осуществления их осуществ-

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1, 2. М., 1910. С. 352.

вления. В других странах эти понятия так и остались разработаны только на доктринальном уровне.

Законодатели разных стран так и не выработали единой правовой дефиниции инвестиций, органично включающей в себя экономическую суть в ее правовом оформлении. На наш взгляд, одно из наиболее удачных с точки зрения экономики, с одной стороны, и права, с другой стороны, определений привели Л. Гитман, М. Джонк: инвестиция — это любой инструмент, в который можно поместить деньги, рассчитывая сохранить или умножить их стоимость и (или) обеспечить положительную величину дохода. Свободные денежные средства — не инвестиция, так как ценность наличных денег может быть съедена инфляцией и они не смогут обеспечить никакого дохода. Если ту же сумму денежных средств поместить на сберегательный счет в банке, то их можно назвать инвестицией, так как счет гарантирует определенный доход. В приведенном определении заложен основной субъект, способный в силу своей экономической мощи превращать капитал в инвестиции. Этот субъект — банк.

В условиях глобализации современной экономики, завершившихся и настоящих экономических кризисов пристальное внимание следует обратить на подходы, существующие в мире, к организации инвестиционной деятельности банков и в первую очередь к предоставлению инвестиционных услуг как процессу «управления» инвестициями. Наиболее значительным опытом в области организации инвестиционной деятельности банков обладают США. Первым шагом было принятие на волне экономического кризиса середины 1920-х годов решения о разделении банковской деятельности и деятельности на рынке ценных бумаг. Это разделение возникло благодаря принятию так называемого Закона Гласса — Стиголла (Закон о банках 1933 г.).

Он предусматривал ряд ограничений в деятельности коммерческих банков и инвестиционных компаний. В частности, данный Закон установил весьма ограниченный перечень операций с ценными бумагами, которые могли осуществлять банки; запретил практику создания филиалов банков, осуществляющих операции с ценными бумагами; запретил компаниям, осуществляющим операции на рынке ценных бумаг, проводить банковские операции по приему вкладов, производить выплаты по чекам и тому подобные виды банковских операций; запретил директорам, служащим инвестиционных компаний являться одновременно должностными лицами, директорами, служащими банковских компаний.

Следующим шагом, которым обеспечивалось становление современного законодательства, регламентирующего регулирование рынка ценных бумаг, следует назвать принятие в 1940 г. одновременно двух федеральных законов США: Закона об инвестиционных компаниях (*Investment Companies Act*) и Закона об инвестиционных консультантах (*Investment Advisers Act*).

Закон об инвестиционных компаниях делит все виды инвестиционных компаний на три категории: 1) инвестиционные компании, выпускающие сертификаты (*Face Amount Certificate Companies*); 2) инвестиционные фонды, юнит-трасты (*Unit Investment Trusts*); 3) управляющие компании (*Management Companies*).

В результате возникшего разделения категория «инвестиционные услуги» стала подразумевать предоставление профессиональных услуг, связанных с размещением инвестиций (в первую очередь в виде денежного капитала) в ценные бумаги.

Инвестиционные услуги традиционно противопоставлялись так называемым банковским услугам, связанным с приемом денежных средств вкладчиков и размещением указанных средств в виде ссудного капитала.

Принцип разделения инвестиционных услуг, положенный в основу регулирования рынка США, оказал влияние на развитие законодательства ряда зарубежных стран (в частности, Японии, Южной Кореи) и соблюдался достаточно долго. Однако с развитием новых электронных информационных технологий в странах, проводивших разделение на банковскую и инвестиционную деятельность, стала наблюдаться тенденция к универсализации оказываемых банками услуг. Примером такого рода отступления может служить компромисс между системой универсальных банковских услуг и системой разделения банков на коммерческие и инвестиционные, достигнутый в рамках Директивы ЕС об инвестиционных услугах 1993 г. (*Investment Services Directive*; далее — Директива *ISD*).

Под инвестиционными услугами в рамках рассматриваемой Директивы понимают обычный, традиционный набор услуг, предоставляемых профессиональными участниками на рынке ценных бумаг. Этот набор перечислен в разделе «А» Приложения к Директиве.

В то же время в рамках *ISD* уже содержится возможность предоставления универсальных услуг одним и тем же профессиональным участником как на рынке банковских услуг, так и на рынке ценных бумаг. В частности, Директива *ISD* вводит категорию «инвестиционная фирма» (*investment firm*), которая в равной степени применяется в отношении как собственно инвестиционных компаний, так и кредитных организаций (*credit institutions*), являющихся таковыми согласно Директиве ЕС N 89/646/ЕЕС от 15 декабря 1989 г. (Вторая банковская директива). Таким образом, был найден компромисс между государствами, финансовый рынок которых строится на системе универсальных банков, и государствами, в которых банки разделяются на коммерческие и инвестиционные.

Принятие Директивы *ISD*, а также реформы в области рынка финансовых услуг, проводимые в странах Юго-Восточной Азии, способствовали принятию в 1999 г. Федерального закона США о модернизации финансовых услуг (далее — Закон Лича-Блайли), которым были внесены существенные изменения в Закон Гласса-Стиголла. В частности, Закон Лича-Блайли допустил операции банков как на рынке ценных бумаг, так и на рынке страховых услуг через дочерние компании.

Таким образом, категория «инвестиционные услуги» в традиционном (сложившемся в 30–40-е годы XX в.) понимании представляет собой более узкое по сравнению с категорией «финансовые услуги» понятие. Традиционно инвестиционные услуги противопоставлялись банковским услугам. На сегодняшний день налицо универсализация банковской деятельности, которая все чаще включает в себя как оказание финансовых, так и инвестиционных услуг, что требует, с одной стороны, определения на уровне законодательства дефиниции «инвестиционные услуги», с другой стороны, прямого закрепления правомочий банков на оказание таких услуг. На наш взгляд, применение конструкции дочерних компаний для оказания инвестиционных услуг, предложенной в США, заслуживает внимания и концептуального развития и применения в России.

На фоне обозначенных «веяний в праве» невозможно не согласиться с бессмертными словами Г.Ф. Шершеневича о том, что «в области гражданского права, раз-

граничивающего экономические интересы, влияние экономики на право проявляется особенно ярко»¹.

Р.А. Маметова,
к.ю.н., ГНС НИИ частного права,
Каспийский университет

Ответственность предпринимателей в денежных обязательствах

Предприниматели являются субъектами имущественных отношений наряду с физическими лицами и некоммерческими организациями.

В отличие от последних к предпринимателям законодатель применяет повышенные планки ответственности, выражающиеся в предпринимательском риске и наступлении ответственности при отсутствии вины предпринимателя, тогда как по общему правилу основанием ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является наличие вины должника (п. 1 ст. 359 ГК Республики Казахстан (далее — ГК РК)).

Ответственность предпринимателей в денежных обязательствах наступает при неисполнении данного обязательства или ненадлежащего его исполнения. Исполнение денежных обязательств — это есть передача денежных средств должником кредитору, что составляет содержание денежного обязательства.

Применительно к денежным обязательствам исполнение может быть произведено лишь путем совершения определенных положительных действий, направленных на уплату денежного долга, передачи должником и принятии во исполнение долга денег кредитором: кредитор должен получить сумму, определенную сторонами в конкретных счетных единицах, указанных в обязательстве. Тогда как иные признаки, в том числе личность плательщика, его дееспособность, качество, количество и ассортимент денежных знаков, значения не имеют.

Исполнение денежного обязательства должно быть произведено только деньгами, являющимися платежным средством, за исключением случаев, предусмотренных валютным законодательством Республики Казахстан (ст. 282 ГК РК). В ст. 127 ГК РК закреплено, что предметом исполнения по денежным обязательствам является лишь национальная валюта тенге.

Существуют и иные законодательные требования, несоблюдение которых является основанием для привлечения к ответственности стороны денежного обязательства за ненадлежащее исполнение денежного обязательства:

1) исполнение денежного обязательства должно быть произведено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства (ст. 281 ГК РК). А если кредитором является юридическое лицо — в месте его нахождения в момент возникновения обязательства. Иначе говоря, должник по денежному обязательству обязан доставлять предмет исполнения в место нахождения кредитора и нести все связанные с этой доставкой обязанности, расходы и риски. Из общего правила есть

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 354.

исключения. Так, исполнение обязательств по выдаче наличных денег из суммы банковского вклада или со счета производится в месте нахождения банка-должника в соответствии с ст. 765, 750 ГК РК;

2) исполнение денежного обязательства должно быть произведено в форме и способом, предусмотренных соглашением сторон обязательства или законодательными актами;

3) существование определенного порядка исполнения денежного обязательства. Так, сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства, при отсутствии иного соглашения сторон погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем неустойку и вознаграждение (интерес), а в оставшейся части — основную сумму долга;

4) специальные правила об увеличении стоимостного содержания обязательства, тогда как такие гарантии не предусмотрены при исполнении иного рода обязательств. Так, согласно ст. 283 ГК РК сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина (в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, по договору пожизненного содержания и др.), с официальным увеличением минимальной заработной платы пропорционально увеличивается. Тогда как при исполнении иных обязательств, хотя и возмездного характера, стоимость передаваемого имущества или исполняемых услуг как цена обязательства остается неизменной (ст. 385 ГК РК);

5) и наконец, денежные обязательства всегда исполнимы. Если иное любое обязательство может прекращаться невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое должник не отвечает (ст. 374 ГК РК), то данное правило не распространяется на денежные обязательства.

Установление данного правила обосновано тем, что деньги всегда в обороте, являясь имуществом родовым и заменимым, имуществом, на которое обменивается любое другое имущество.

Вопрос об ответственности предпринимателей как стороны в денежных обязательствах становится актуальным не только при неисполнении или ненадлежащем исполнении, но и при снижении покупательной способности денежной единицы в результате ее девальвации. Поэтому в денежных обязательствах, возникающих между предпринимателями, актуален вопрос о компенсации контрагентом индекса обесценивания денег, являющихся предметом денежного обязательства, или, как назвал проблему Л.А. Лунц, «влияние изменений в покупательной силе денег на исполнение денежного обязательства».

Ответственность предпринимателей, как и иных участников гражданского оборота, наступает в виде уплаты убытков и неустойки. Говоря об убытках, стоит обратить внимание на некоторые спорные положения действующего законодательства.

Согласно п. 2 ст. 354 ГК РК должник освобождается от исполнения обязательства в натуре при возмещении убытков и уплаты неустойки.

С другой стороны, законодатель гарантирует кредитору в отдельных случаях право требования им принудительного исполнения обязательства должником в натуре. Поскольку «присуждение к исполнению обязанности в натуре в силу ст. 12 ГК РФ является самостоятельным способом защиты гражданских прав, применяемым с целью реального исполнения должником своего обязательства».

Так, неисполнение обязанности передать индивидуально-определенную вещь предоставляет кредитору право требовать отобрания этой вещи и передачи ее кредитору (ст. 355 ГК РК). Следует обратить внимание на имеющееся, на наш взгляд, противоречие: обязанность должника возместить убытки и освобождение его от исполнения обязательства по передаче вещи в натуре (п. 2 ст. 354 ГК РК) и в то же время вменение обязанность должнику возмещения убытков (п. 2 ст. 355 ГК РК).

Мы полагаем, что применение права на взыскание убытков в данной ситуации возможно при ненадлежащем (или частичном) исполнении обязательства. Тогда как в случае полного неисполнения обязательства и взыскания по этому основанию неустойки и убытков обязанность должника выполнить обязательство в натуре отпадает. Ответственность должника должна выражаться в компенсации кредитору понесенных им потерь, как, например, предусмотрено в ст. 398 ГК РФ. Такой подход является логичным, поэтому считаем целесообразным внести изменения в ст. 355 ГК РК, исключив права кредитора на требование о возмещении убытков при передаче кредитору вещи в натуре должником. Таким образом, на наш взгляд, компенсируется стоимость неполученного в натуре имущества выплатой убытков.

Действующим законодательством предусмотрена ответственность предпринимателей на основе гарантированной законом неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами путем применения ст. 353 ГК РК, вызывающая много споров в теории.

Мы полагаем, что предусмотренная в ст. 353 ГК РК неустойка за неправомерное пользование чужими деньгами есть мера гражданско-правовой ответственности должника, и соглашаемся с авторами (Б.И. Пугинский, В.В. Витрянский), полагающими, что проценты годовых не являются ни убытками, ни неустойкой, а относятся к нетипичным, специальным мерам гражданско-правовой ответственности за неисполнение такого вида обязательства, как денежное. Кроме того, мы считаем, что нельзя отождествлять ее с санкцией, поскольку санкция является следствием применения ответственности. Поэтому целесообразным видится, как предусмотрел российский законодатель, выделяя специальную норму, содержащую специальную ответственность за неисполнение денежного обязательства, переименовать статью на «Ответственность за неисполнение денежного обязательства».

Спорным является также мнение В.А. Белова о том, что по своей юридической природе проценты, начисляемые за неправомерное пользование чужими средствами, есть «не что иное, как предполагаемый размер упущенной выгоды». Поскольку речь идет об ответственности за пользование чужими деньгами, находящимися уже в ведении должника, а упущенная выгода — имущество, которого нет в пользовании, то нельзя отождествлять ответственность в виде выплаты упущенной выгоды и ответственность за пользование чужим деньгами — это разные виды ответственности, применение которых одновременно не исключается.

Правом требования возмещения упущенной выгоды как неполученного дохода могут обладать лишь предприниматели, поскольку непредприниматели, физическое лицо или некоммерческая организация не вправе осуществлять деятельность, приносящую доход, за исключением случаев, когда уставными докумен-

тами некоммерческой организации допускается осуществление деятельности, приносящей доход.

Упущенная выгода как составляющая убытков является достаточно специфичной и труднодоказуемой на практике, так как в основе ее лежит соотношение категорий возможности и действительности. Кроме того, при выставлении требования о компенсации неполученного дохода — упущенной выгоды необходимо учитывать, что возможность получения упущенной выгоды как неполученного дохода существовала в качестве объективной реальности, а не субъективного представления. Бремя доказывания состоит в обязанности кредитора указать ее наличие и размер, представив доказательства в виде, например, заключенных договоров на поставку, предоставление в аренду помещения, изготовление товара и т.п. (п. 4 ст. 350 ГК РК), и связать обстоятельства неполучения дохода с неисполнением обязательств должником согласно нормам ст. 340 ГК РК, т.е. доказать наличие причинной связи между виновным поведением должника и неполучением упущенной выгоды кредитором.

Вместе с тем следует учитывать предположительный характер неполученного дохода. Поэтому почти отсутствует в судебной практике удовлетворение предъявленных исков о взыскании упущенной выгоды.

Судами вопрос об удовлетворении упущенной выгоды фактически не рассматривается, как показывает анализ судебной практики. Сами практикующие юристы, в частности судьи, указывают, что «доказывание убытков в форме упущенной выгоды представляет некоторую сложность, потому что они являются в основном будущими убытками... Основная проблема заключается в обоснованности необходимости и размера будущих расходов».

В России, несмотря на то что есть нормативное постановление Верховного Суда РФ, предусматривающее даже специальное правило (п. 11) об определении размера упущенной выгоды, тем не менее юристы проявляют нигилизм в возможности удовлетворения требований о компенсации убытков среди юристов, поскольку «доказать свои убытки от несвоевременного получения долга и отсутствия некоторой суммы на своем счете практически невозможно».

В Казахстане в настоящее время сами представители судебного корпуса выдвигают предложение о настоятельной необходимости разработки специального нормативного постановления высшего судебного органа для целей разъяснения возникающих вопросов для подсчета размера упущенной выгоды. Однако мы считаем, что постановление высшего судебного органа не поможет реализовать право на упущенную выгоду.

На наш взгляд, «неработающий» механизм защиты сторон в обязательственных правоотношениях в виде права на взыскание упущенной выгоды может быть заменен более действенным механизмом. Например, таким механизмом может стать взыскание штрафа в твердом размере за просрочку исполнения обязательств. Думается, что размер такого штрафа компенсирует неполученный доход и его можно реально отразить в иске, не прибегая к собиранию доказательств в виде документов, связанных с оценочной деятельностью, которые не имеют заранее установленной силы и подлежат оценке судом наряду с другими доказательствами по делу.

Е.П. Симаева,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры гражданского и международного частного права,
ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете

Проблемы конвергенции частного и публичного в предмете инвестиционного права

Область частного права определяется двумя данными —
частные лица как субъекты отношений;
частный интерес как содержание отношения.

Г.Ф. Шершеневич

Как известно, предмет и метод правового регулирования являются основными критериями разграничения отраслей права. Под предметом понимают совокупность однородных общественных отношений.

В структуру предмета правового регулирования входят следующие элементы: субъекты; их поведение, действия; объекты; юридические факты. Иными словами, это сфера, на которую распространяется право и которая находится под его юрисдикцией. Правильно квалифицировать предмет правовой отрасли необходимо с учетом определения специфики объекта общественных отношений. Общественные отношения возникают либо по поводу частных интересов, либо по поводу публичных. Если же в правоотношении затрагиваются оба вида интересов, то такое структурный элемент системы права можно отнести к комплексному.

В настоящее время комплексные отрасли права получают свое развитие с появлением отдельных отраслей законодательства, развития межотраслевых связей самостоятельных отраслей права: гражданского, административного, финансового. Связано это с тем, что возникновение соответствующих отраслей свидетельствует об объективном развитии системы права, а также о переходе на новый качественный структурный уровень, позволяющий учитывать частноправовые и публично-правовые интересы.

Среди комплексно развивающихся правовых образований можно выделить инвестиционное право.

По своей юридической природе инвестиционная деятельность представляет собой разновидность предпринимательской деятельности, поскольку согласно ст. 1 Федерального закона от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» инвестиционная деятельность — это вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта. Но наряду с этим инвестиционная деятельность характеризуется возможной направленностью на достижение иного положительного эффекта. При этом законодатель не уточняет, какой именно положительный эффект, кроме получения прибыли, может быть достигнут. Вместе с тем, представляется, что полезный эффект — это не что иное, как развитие приоритетных сфер экономики страны (например, nanoиндустрия), а также отдельных социальных программ.

Инвестиционная деятельность опосредуется различными по природе отношениями: 1) возникающими на основе договоров между участниками инвестиционной деятельности инвестиционными отношениями, которые являются предметом гражданского права, и 2) публичными отношениями, опосредующими государственное регулирование и контроль такой деятельности (предмет публичного права).

Инвестиционные отношения, составляющие предмет инвестиционного права, по сути можно охарактеризовать как комплексные ввиду того, что правовое регулирование инвестиционной деятельности осуществляется нормами гражданского, международного частного (иностранные инвестиции), административного, финансового права. В этой связи инвестиционные отношения являются преимущественно гражданско-правовыми, иными словами, они обладают общими с другими гражданско-правовыми отношениями чертами: являются волевыми, основанными на равенстве, имущественными, товарно-денежными отношениями, направленными на извлечение прибыли.

Представляется целесообразным признать разновидностью предпринимательских отношений лишь те инвестиционные правоотношения, которые складываются по поводу вложения инвестиций и осуществления практических действий в целях получения прибыли. Причем это могут быть не только сугубо предпринимательские отношения, но и отношения организационного характера, направленные на осуществление эффективной инвестиционной деятельности.

Другая часть инвестиционных отношений, регламентированных нормами публичного права, связана с одной из основных функций государства — социально-экономической, в соответствии с которой государство призвано вкладывать средства (инвестиции) в целях достижения поставленных задач (получения социального либо иного полезного эффекта).

Частноправовое регулирование инвестиционных отношений подвергается достаточно обширному публично-правовому воздействию, что связано с необходимостью установления пределов реализации частных интересов инвесторов в целях охраны интересов общества и государства.

Соглашаясь с высказыванием доцента Г.П. Курдюк, можно отметить, что «эволюционные процессы, происходящие в обществе, кардинально изменившие все без исключения отрасли права, трансформировали отношение к частному и публично-му в праве. В условиях современности мы все чаще наблюдаем процессы проникновения элементов публичного права в отрасли частного права и, наоборот, элементов частного права в отрасли публичного права»¹.

¹ Курдюк Г.П. Историко-правовые предпосылки современного представления системы российского права // Общество и право. 2009. № 4. С. 18.

РАЗДЕЛ 4. ВЛИЯНИЕ ИДЕЙ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА НА СЕМЕЙНОЕ, ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

Ю.В. Антоненко,

адвокат, юридическая консультация Ленинского района
(г. Гродно, Республика Беларусь)

Научные воззрения на некоторые аспекты договора суррогатного материнства в современных условиях

В теории и практике различных государств сложились различные определения генетической матери.

Понятия «генетические родители», «генетический отец» или «генетическая мать», впервые появившиеся как следствие все более широкого распространения репродуктивных технологий, прочно вошли в современную юридическую и медицинскую терминологию. На наш взгляд, эти словосочетания довольно точно отражают суть рассматриваемого понятия, и нет никаких оснований для обозначения генетических родителей какими-то иными определениями или понятиями, как, например, «потенциальные родители», как предлагает Е.С. Резник. Тем не менее в данном определении имеется очевидный смысл, так как в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации супруги, предоставившие генетический материал, могут осуществить свои родительские права в отношении ребенка, рожденного суррогатной матерью, только после ее согласия. Следовательно, их родительский потенциал может остаться и нереализованным, и в этом плане они действительно могут именоваться «потенциальные родители».

Менее удачным следует признать определение, предложенное А.А. Пестриковой: «нареченные родители», так как данное понятие не содержит указания на кровнородственную связь, имеющуюся между ребенком, вынашиваемым суррогатной матерью, и супругами, предоставившими биологический материал; напротив, оно этимологически содержит в себе указание на некую условность, искусственность отношений между ними («нареченные» значит «названные», те, кого называли родителями, следовательно, те, кто ими не является).

Что же касается генетической матери, то для того, чтобы женщина могла прибегнуть к суррогатному материнству, необходимы конкретные медицинские показания. Перечень таких медицинских показаний и противопоказаний к суррогатному материнству установлен постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 14 сентября 2006 г. № 71.

В п. 7 приложения № 1 к приказу Министерства здравоохранения РФ от 26 февраля 2003 г. № 67 «О применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) в терапии женского и мужского бесплодия» содержится аналогичный перечень медицинских показаний для генетической матери. Это позволяет сделать вывод, что законодательством Республики Беларусь имело место заимствование некоторых норм права из законодательства Российской Федерации.

Тем же постановлением Министерства здравоохранения РБ от 14 сентября 2006 г. № 71 утвержден перечень медицинских противопоказаний к суррогатному материнству. Так, к медицинским противопоказаниям для генетической матери относятся психические и поведенческие расстройства.

Таким образом, особенностью договора суррогатного материнства в Республике Беларусь является то, что применение метода искусственного зачатия ребенка допускается только по медицинским показаниям. Поэтому ситуация, когда женщина, способная к деторождению, просто не хочет сама вынашивать и рожать ребенка, а желает использовать для этого суррогатную мать, в соответствии с белорусским законодательством не может иметь место.

Министерством здравоохранения РБ установлен перечень заболеваний, при наличии которых лица не могут усыновить ребенка. Кроме того, постановлением Министерства здравоохранения РБ от 30 марта 2010 г. № 36 утвержден перечень заболеваний, при наличии которых родители не могут выполнять родительские обязанности. Полагаем, что при заключении договора суррогатного материнства следует установить ограничения для генетической матери (генетических родителей) при наличии заболевания, указанного в вышеназванных перечнях.

Также видится необходимым установить определенные возрастные ограничения для генетической матери с учетом того, что, во-первых, родители должны быть совершеннолетними и должны успеть воспитать ребенка, а во-вторых, от возраста генетической матери зависит «качество исходного материала», т.е. яйцеклетки, которая изымается из ее организма.

Условие о возрасте в данном случае не может расцениваться как попытка ограничения права на материнство. Статья 23 Конституции РБ допускает возможность ограничения прав и свобод человека при определенных условиях. Возможность ограничения прав и свобод при определенных условиях предусмотрена и в международно-правовых документах, в частности в п. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, п. 3 ст. 12, п. 3 ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, п. 2 ст. 10 и п. 2 ст. 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В ст. 32 Конституция РБ закрепляет, что родители или лица, их заменяющие, имеют право и обязаны воспитывать детей, заботиться об их здоровье, развитии и обучении. Представляется, что в данной ситуации следует принимать во внимание прежде всего права родившегося ребенка. В ст. 185 Кодекса РБ о браке и семье указывается, что ребенок имеет право на жизнь в семье в кругу ро-

дителей и близких родственников, на их заботу и внимание. Приоритет интересов и благосостояния детей во всех сферах жизни государства закреплён и в основных международно-правовых актах. Например, в ст. 27 Конвенции о правах ребенка, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г., обязательства по выполнению которой взяла на себя и Республика Беларусь, закреплёно право каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития. Одним из главных назначений семьи является создание условий для нормального развития и надлежащего воспитания детей. Как записано в п. 1 ст. 18 Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г., интересы ребенка являются предметом заботы прежде всего его родителей.

В ст. 75 Кодекса РБ о браке и семье устанавливается как право, так и обязанность родителей по осуществлению воспитания детей, попечительства над ними и их имуществом. Они обязаны заботиться о физическом, духовном и нравственном развитии детей, об их здоровье, образовании и о подготовке к самостоятельной жизни в обществе. Безусловно, выполнить вышеназванные обязанности может только полноценная семья, в которой хотя бы один из родителей является человеком молодого и среднего возраста.

Кроме того, по медицинским данным, с увеличением возраста женщины меняется «качество исходного материала», т.е. яйцеклетки. Главная проблема состоит в старении яйцеклеток с течением времени. С возрастом увеличивается риск их хромосомного повреждения, что может послужить причиной получения эмбриона с хромосомными аномалиями. К тому же с возрастом у женщины наступает физиологическая менопауза, которая представляет собой нормальный процесс угасания определенных функций в результате возрастных изменений и у большинства женщин наступает между 40 и 50 годами. Известно, что чем старше родители, тем больше вероятность, что они будут иметь проблемы в репродуктивной сфере. Соответственно, использование более молодой яйцеклетки генетической матери является оправданным. В действительности, женщины, получившие оплодотворенную и пересаженную в матку более молодую яйцеклетку, демонстрируют столь высокий процент успешной полноценной беременности, что он может конкурировать с высочайшим процентом естественной способности к зачатию и деторождению у женщин любого возраста.

Следовательно, необходимо четко установить возраст женщины, желающей воспользоваться суррогатным материнством в соответствующем нормативном правовом акте. В этой связи предлагаем на законодательном уровне установить максимальный возраст для генетической матери сроком до 55 лет. Установление данного максимального возрастного предела в большей степени будет отвечать как правам будущего ребенка, так и качеству «исходного материала», т.е. яйцеклетки, изъятной из организма генетической матери.

Таким образом, предлагаем дать следующее определение генетической матери и сформулировать его следующим образом: генетическая мать — это совершеннолетняя женщина до 55 лет, вынашивание и рождение ребенка которой физиологически невозможно или связано с риском для ее жизни и (или) жизни ребенка.

Г.Х. Гараева,

ассистент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Гражданский договор солидарности (PACS) как средство организации совместной жизни

В 1999 г. во Франции был принят Закон «О ПАКСе» (*PACS – Pacte Civil de Solidarite*)¹.

Гражданский договор солидарности — это соглашение, заключаемое физическими лицами с целью организации их совместной жизни, не вступая при этом в брак. ПАКС могут регистрировать как однополые, так и разнополые пары.

Условия заключения ПАКСа: 1) дееспособность лиц, регистрирующих ПАКС; 2) достижение совершеннолетия; 3) взаимное и добровольное согласие на регистрацию ПАКСа; 4) совместное проживание лиц, регистрирующих ПАКС (даже если каждый располагает отдельным жилищем).

Препятствия к заключению ПАКСа: 1) наличие зарегистрированного брака или ПАКСа; 2) наличие родства по прямой восходящей и нисходящей линии, по боковой линии до третьей степени без возможности получения разрешения (тогда как такие разрешения в порядке исключения допускаются между супругами); 3) наличие отношений свойства; 4) недееспособность хотя бы одного партнера; 5) несовершеннолетие хотя бы одного из лиц, регистрирующих ПАКС; 6) нахождение под опекой лица, регистрирующего ПАКС; 7) отсутствие добровольного согласия на заключение ПАКСа, регистрация ПАКСа под влиянием насилия, обмана или под угрозой; 8) заключение гражданского договора солидарности тремя и более лицами.

ПАКС регистрируется в специальном реестре, который ведется в канцелярии суда малой инстанции по месту совместного проживания партнеров, на акте рождения каждого из партнеров совершается запись о заключении ими гражданского договора солидарности². Законодательством не закрепляется особая церемония регистрации ПАКСа, однако, некоторые мэрии после заключения ПАКСа предлагают проводить торжественные церемонии³.

При регистрации ПАКСа партнеры заключают письменное соглашение, выражающее их волю взять на себя обязательства по гражданскому договору солидарности. Данное соглашение должно отвечать требованиям Закона «О ПАКСе», Французского гражданского кодекса⁴ и содержать условия по взаимному содержанию партнеров.

Стоит отметить, что заключения ПАКСа с гражданином Франции или с лицом, пребывающим легально во Франции, не дает автоматического права для получения вида на жительство; ПАКС рассматривается только как один из способов организации совместной жизни партнеров, позволяющий регулировать минимальные лич-

¹ <http://www.france-jus.ru/index.php?page=fiches&action=fiche&type=droit&droit=69>

² http://www.paris.fr/pratique/papiers-formalites/mariage/pacte-civil-de-solidarite-pacs/rub_9950_stand_99434_port_24841

³ <http://www.guide-pacs.com>

⁴ См.: Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). Code civil des Français (Code Napoléon) / пер. В. Захватаева. М., 2012.

ные и имущественные права лиц, проживающих без регистрации брака. В частности, лица, регистрирующие ПАКС, устанавливают солидарную ответственность по договорным обязательствам одного из них, связанным с общими нуждами и расходами на оплату общего жилья, представляют единую налоговую декларацию начиная с третьего года действия договора гражданской солидарности. ПАКС предоставляет лицам, его заключившим, и ряд социальных льгот, например в случае смерти одного из партнеров другой получает право на социальные выплаты, предназначенные умершему.

ПАКС находится между фактическими брачными отношениями и зарегистрированным браком. В отличие от сожительства гражданский договор солидарности является союзом, порождающим правовые последствия.

Схожесть ПАКСа и института брака — в содержании и порядке заключения; это, в частности, наличие взаимного и добровольного согласия на регистрацию соответствующих союзов, достижение определенного возраста, дееспособность лиц, отсутствие запрещенных степеней родства. Необходимо отметить также, что отдельные имущественные права и обязанности супругов и партнеров схожи.

Главным отличием ПАКСа от брака являются условия его расторжения. Так, ПАКС может быть расторгнут по совместному заявлению партнеров, которое подается секретарю суда по месту регистрации ПАКСа либо по заявлению одного из партнеров, который обязан уведомить второго партнера о расторжении ПАКСа. Действие договора о гражданской солидарности прекращается и в случае вступления партнеров в брак (как друг с другом, так и с третьим лицом), а также в случае смерти одной из сторон.

ПАКС становится все более популярным не только во Франции; его аналоги постепенно возникают в других странах, например в Германии (2001), в Финляндии (2002), в Швейцарии (2007), в Австрии (2010), в Лихтенштейне (2011) — зарегистрированное партнерство; в Португалии (2001) и Хорватии (2003) — фактическое сожительство; в Люксембурге (2004), в Великобритании (2005), в Ирландии (2010) — гражданское партнерство¹.

А.Н. Левушкин,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Алиментные обязательства и проблемы их исполнения в свете реформирования семейного законодательства

Г.Ф. Шершеневич писал: «если юридические нормы совпадают с этическими, они представляются излишними; если они находятся в противоречии, то борьба их неравна ввиду замкнутости и психологической неуловимости семейных отношений»².

¹ <http://ru.wikipedia.org>

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911 // СПС «Гарант».

Действительно, законодатель не должен бежать впереди реальных общественных отношений, однако если он противодействует им, последствия этого могут быть не менее плачевными, чем результаты необдуманных социальных экспериментов.

Начиная данную статью с этого высказывания мэтра российской цивилистики, нам бы хотелось вернуться к идее о том, что право лишь инструмент, призванный регулировать сложившиеся общественные отношения. Если сформировавшиеся общественные отношения идут вразрез с действующей правовой нормой, такая правовая норма теряет свой авторитет и перестает соблюдаться.

Одна из многочисленных социальных бед современной России — неисполнение родителями обязанностей по воспитанию и содержанию своих детей. Актуальность исследования состоит в том, что алиментные обязательства являются одним из важнейших институтов семейного права, так как он обеспечивает имущественные гарантии лиц, которым социально необходимы данные гарантии и предоставляет содержание нуждающимся нетрудоспособным лицам. На сегодняшний день в стране не существует действенного, отлаженного механизма привлечения к семейно-правовой, административной и уголовной ответственности за неисполнение обязанности по содержанию несовершеннолетних детей. Отсутствует внятный механизм привлечения к административной и уголовной ответственности за уклонение от уплаты алиментов.

Предоставление алиментных платежей является частью обязательств по материальному обеспечению членов семьи, которое предполагает также обеспечение необходимых жилищных условий, участие в дополнительных расходах на содержание и т.п. Обязанным лицом по предоставлению алиментных платежей действующее законодательство признает лишь тех членов семьи, которые указаны в соответствующих статьях СК РФ.

Алиментное правоотношение — это отношения между членами семьи по поводу предоставления друг другу материального содержания в форме алиментов. Алиментное обязательство есть юридическая обязанность алиментобязанного лица, порождающая право требовать управомоченного по предоставлению ему материального содержания в форме алиментов при наличии оснований и в порядке, которые предусмотрены законом или соглашением сторон.

Вопрос о понятии, сущности и правовой природе алиментного обязательства в настоящее время является достаточно дискуссионным. Дело в том, что ни в советском КоБС, ни в действующем сегодня СК РФ понятия «алименты», «алиментные обязательства» четко не определены.

О.С. Иоффе при определении алиментного обязательства исходил из того, что «оно представляет собой правоотношение, направленное на обеспечение принудительного исполнения в точно установленных размерах обязанности одного члена семьи по предоставлению содержания другому»¹. Алиментное обязательство могло рассматриваться как охранительная стадия в динамике регулятивного правоотношения по предоставлению содержания, берущая свое начало не с момента появления у одной из сторон самого субъективного права на получение содержания, а с возникновением у получателя потребности получать содержание принудительно, прибегнув к судебному, гражданско-процессуальному, механизму защиты субъек-

¹ Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 156.

тивного права на содержание. Алименты, соответственно, выступали как материальное содержание, предоставляемое по судебному постановлению¹.

Наиболее полное определение дано М.В. Антокольской. По ее мнению, алиментные обязательства — это правоотношение, возникающее на основании предусмотренных в законе юридических фактов, в силу которых одни члены семьи обязаны предоставлять содержание другим ее членам, а последние вправе требовать этого содержания². Однако здесь не указано, что алиментные обязательства имеют место не только между членами семьи, но и между бывшими членами семьи.

Автор предлагает рассматривать «алименты» и «содержание» в контексте семейных отношений как правоотношения, т.е. особое состояние правовой связи, возникающее между родителями и детьми в силу особой конституционной обязанности по материальному содержанию друг друга. Обязанность содержать своих несовершеннолетних детей, т.е. детей, не достигших 18-летнего возраста, является одной из форм заботы о детях, возведенной в ранг конституционных обязанностей родителей (ст. 38 Конституции РФ). Соответствующая обязанность родителей в отношении нетрудоспособных совершеннолетних детей закреплена в ст. 85 СК РФ. Обязанность предоставить содержание несовершеннолетним детям означает в первую очередь обязанность родителей по материальному обеспечению детей, выражающемуся в предоставлении ребенку необходимого питания, одежды, предметов досуга, отдыха и т.п. Алиментные правоотношения и правоотношения по содержанию есть видовая и родовая правовые категории в семейном праве как самостоятельной правовой отрасли.

Полагаем, что основанием лишения родительских прав должно быть признано уклонение родителей без уважительных причин от выполнения своих обязанностей перед детьми. Указание в законе о злостном уклонении от уплаты алиментов из содержания ст. 69 СК РФ следует исключить.

Если же несовершеннолетний приобрел полную дееспособность в результате эмансипации или вступления в брак, то его, как несовершеннолетнего, нельзя привлечь к участию в несении дополнительных расходов даже в случае тяжелой болезни родителей, их увечья, необходимости оплаты постороннего ухода за родителями. Несовершеннолетние, но полностью дееспособные дети должны быть обязаны законом заботиться о нетрудоспособных родителях и в случае необходимости привлекаться к участию в несении дополнительных расходов в смысле ст. 88 СК РФ. В связи с этим содержание ст. 87 и 88 СК РФ должно быть изменено.

Острейшей проблемой остается исполнение судебных решений о взыскании алиментов, а также отсутствие механизма взыскания и порядка уплаты алиментов, так как неуклонно растет число детей, живущих с одним родителем вследствие расторжения брака. В связи с этим, я считаю, важно установить механизм взыскания и порядка уплаты алиментов и исполнения судебных решений о взыскании алиментов.

К проблеме невыплаты алиментов:

1) должны быть более эффективно задействованы местные органы, которые обязаны по законодательству заниматься с неплательщиками алиментов, ведущими асоциальный образ жизни;

¹ См.: Косова О.Ю. Обязанность содержания и алиментные обязательства // Правоведение. 2003. № 4. С. 65–66.

² См.: Антокольская М.В. Семейное право: учебник. М., 2002. С. 248.

2) необходимо осуществлять более тесное взаимодействие службы приставов с органами исправления для налаживания реальной координации работы отдельных частей механизма назначения и взыскания алиментов. При этом должна быть создана специализированная структура, которая отвечала бы за конечный результат, — обеспечение ребенка или родителя алиментами;

3) на период розыска лиц, уклоняющихся от выплаты алиментов на содержание ребенка, государство должно взять эти выплаты на себя и осуществлять их из специального фонда с последующим взысканием с должников всех расходов по содержанию ребенка;

4) с целью обеспечения единства работы всех заинтересованных органов необходимо создание государственного алиментного фонда с функцией отслеживания ситуации и координации усилий. Наиболее действенной мерой поддержки родителей, в одиночку воспитывающих детей, считается создание в России государственного алиментного фонда, который будет формироваться за счет бюджетных средств. Из него и будут выплачиваться пособия родителям, бывшие супруги которых злостно уклоняются от уплаты алиментов. В итоге неплательщик оказывается должен государству, и в случае «поимки» взысканные с него средства, возможно даже с процентами, будут перечисляться приставами в алиментный фонд.

Хотелось бы вновь обратить внимание законодателя на необходимость создания действенных механизмов взыскания алиментов, установления реального минимума, из которого возможно исчислять сумму алиментов, решения вопросов о возмездии на злостных неплательщиков алиментов с целью надлежащего обеспечения социально незащищенных слоев населения, прежде всего детей — будущее нашей страны, стариков и инвалидов.

Н.Ю. Микутова,

студентка 4-го курса юридического факультета,
Казанский (Приволжский) федеральный университет
научный руководитель к.ю.н., доцент О.Н. Низамиева

Исследование правового регулирования родительской власти в работах Г.Ф. Шершеневича

Более 100 лет прошло со времени жизни знаменитого русского цивилиста, внесшего неоценимый вклад не только в развитие науки юридического факультета Казанского университета, но и всей российской цивилистической науки. За это время множество раз кардинальным образом менялось законодательство нашей страны и, к сожалению, не всегда в лучшую сторону. Но несмотря на все это, работы Габриэля Феликсовича до сих пор актуальны. В них черпают вдохновение многие современные ученые-цивилисты, на эти работы ссылаются современные законодатели. И хотя сердце Г.Ф. Шершеневича остановилось более века назад, его идеи продолжают жить и питать умы всех любящих цивилистическую науку.

Как известно, Габриэль Феликсович посвятил большую часть своих работ и исследований проблемам гражданского права. В связи с тем, что Г.Ф. Шершеневич

не признавал, к сожалению, самостоятельность семейного права, в своей работе «Учебник русского гражданского права» он выделил семейное право в отдел IV. Однако в настоящий момент говорить о том, что семейное право является подотраслью гражданского права, ссылаясь на Г.Ф. Шершеневича, было бы не совсем правильно: изменилось государство, изменилась правовая система, существенно снизилась роль церкви в регулировании брачно-семейных отношений и, соответственно, возникла необходимость четкого государственно-правового регулирования этой сферы.

В своей работе мне хотелось бы осветить проблемы правового регулирования личных отношений родителей и детей на основе исследования трудов Г.Ф. Шершеневича.

Хочется еще раз отметить, что прошло большое количество времени со дня написания Габриэлем Феликсовичем его работ. Время изменило не только правовую систему нашей страны, но и менталитет наших граждан. К примеру, правильным ли будет употреблять сейчас термин «родительская власть», который столь часто использовал в своей работе Г.Ф. Шершеневич? Пожалуй, нет. Ведь говоря о власти, мы уже изначально ставим в неравное положение родителей и детей. Обратившись к толковому словарю, мы видим, что под властью понимается «право и возможность распоряжаться кем- или чем-нибудь, подчинять своей воле»¹. Подчинение своей воле, бытовавшее всего лишь век назад, это по своей сути одна из форм тирании — домашняя, когда у детей или даже супруги не существовало права голоса. Пойти в то время против воли отца считалось большой дерзостью. Даже мать не обладала решающим правом голоса при воспитании детей. В работе Г.Ф. Шершеневича указано, что «в случаях разногласия, например, относительно системы воспитания, голос отца имеет решающее значение»². Исходя из этого, можно сказать, что правовое регулирование отношений родителей и детей в конце XIX столетия, грубо говоря, оставалось на уровне Домостроя: в семье лишь один человек решал все вопросы — отец.

Интересно отметить, что даже каких-либо возрастных ограничений власти родителей над детьми не было. Власть отца в то время прекращалась лишь при его смерти. Как было отмечено Г.Ф. Шершеневичем, у родителей в то время существовала даже возможность требовать от совершеннолетнего сына, чтобы он жил при родителях³. Трудно представить возможность существования подобной нормы в современном российском законодательстве. Думается, что введение такой нормы повлекло бы за собой множество исковых заявлений, которые были бы написаны одинокими матерями и отцами, забытыми и брошенными своими детьми. Но такая норма была привычной в то время в силу значительного влияния церкви на регулирование брачно-семейных отношений. Как известно, одна из христианских заповедей гласит, что «почитай отца твоего и мать твою и долголетен будешь на земле, которую Господь, Бог твой, даст тебе». До 1917 г. эта неписаная норма была одним из основных регуляторов отношений родителей и детей.

Г.Ф. Шершеневич в своей работе говорит об обязанности детей почитать родителей, которая в то время была закреплена не только в виде религиозной заповеди, но и в виде нормы права. Как он писал, «с этим (т.е. почитательностью. — Н.М.), чи-

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка / под. ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1988. С. 43.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 437.

³ См. там же. С. 438.

сто нравственным предписанием соединяются юридические положения. Дети обязаны сносить родительские увещания без ропота, поэтому в личных обидах и оскорблениях от детей на родителей не принимается никакого иска, ни гражданским, ни уголовным порядком, если только они не переходят границ, за которыми следует уголовное наказание на общих основаниях»¹. Весьма интересно, что в дореволюционном семейном праве были урегулированы даже нравственные отношения в семье. Однако, на наш взгляд, если внешние формы поведения детей можно так или иначе контролировать, то эмоции, мнения, чувства контролю неподвластны. В отличие от того периода современное законодательство попыток регулирования эмоциональной составляющей воспитания не осуществляет. СК РФ регулирует больше внешние формы отношений родителей и детей, стараясь оставить право выбора нравственной составляющей воспитания самой семье.

В дореволюционном законодательстве множество статей говорит об обязанностях и лишь скромная часть о правах.

К тому же, по мнению Г.Ф. Шершеневича, «дети обязаны сносить исправление родителей, если только оно не переходит в истязание и изувечение»². Но как определить, где имеют место так называемые «исправительные меры», а где «истязание и изувечение»? Ведь граница между ними весьма тонка.

На наш взгляд, обычные родители конца XIX в. в наше время вполне могли бы быть лишены родительских прав. К большому сожалению, нельзя говорить об учете интересов ребенка тогда, когда может быть применено физическое наказание, когда у ребенка фактически нет выбора, да и причем его не будет до тех пор, пока не скончается отец или мать, когда есть разделение на законных и внебрачных детей.

Говоря о прекращении родительской власти, Г.Ф. Шершеневич указывал лишь два случая — смерть и лишение всех прав состояния, если только дети не последовали за родителями в ссылку³.

По смыслу этой нормы, родительская власть фактически является пожизненной. Достижение совершеннолетия значения совсем не имеет. Также Габриэль Феликсович указывал на ограничение родительской власти в следующих случаях: «поступлением детей в общественное училище, начальство которого заступает тогда по их воспитанию на место родителей», «определением детей на службу», «вступлением дочерей в замужество, потому что одно лицо двум неограниченным властям, каковы родительская и супружеская, совершенно удовлетворить не в состоянии и дочь, оставившая дом свой и прилепившаяся к мужу, не может быть подвержена повиновению родителям в такой же мере, как другие, находящиеся при них дети»⁴.

Весьма интересно сравнить данную норму с современной нормой об ограничении родительских прав. В настоящее время целью данного института права является спасение ребенка от угрожающей ему ситуации: психическое расстройство родителей, стечение тяжелых обстоятельств и т.д. И как всегда, наш законодатель в статье СК РФ указал, что суд должен принимать такое решение только в интересах ребенка. Согласно тому, как излагает норму дореволюционного права Г.Ф. Шершеневич, мы можем видеть, что ограничение родительской власти допускалось то-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 439.

² Там же. С. 440.

³ Там же. С. 449.

⁴ Там же. С. 450.

гда, когда сын или дочь переходили под власть другого человека. И тогда вновь они оказывались под чьей-то властью, только теперь это уже был не отец, а начальник училища, начальник по службе, муж. Как правило, так проходила вся их жизнь. Без права голоса, да и просто без права. Но помимо всего не стоит забывать, что мы говорим просто об ограничении родительской власти, потому что с устранением помехи родительская власть восстанавливалась в первоначальном объеме.

Никаких норм о лишении родительских прав в современном смысле этого слова в то время не существовало. На это указывал и Г.Ф. Шершеневич, приводя в пример более прогрессивное законодательство Европы — Англии, Франции, Германии¹. В этих странах уже в последней четверти XIX в. осознали необходимость защиты детей от их родителей. Впервые в мире была признана необходимость в некоторых случаях лишения родительской власти. Это уже тогда было отмечено Г.Ф. Шершеневичем, и он ратовал за введение такой нормы в российском законодательстве. Он писал: «так как юридическое господство над детьми вручается родителям не ради одного удовольствия, а ввиду общественных задач воспитания, то, по-видимому, отношение родителей к детям, обнаруживающее недостаточное понимание первыми своих обязанностей, должно бы повести к отнятию у недостойных власти»². Удивительно, насколько точно удалось Габриэлю Феликсовичу предугадать современную норму ст. 69 СК РФ. Данное положение появилось в законодательстве годами позже, но необходимость его введения была отмечена великим русским цивилистом уже в конце XIX столетия. Пожалуй, именно в направлении вектора развития законодательства и состоит предназначение ученых-юристов, потому что именно такие выдающиеся умы, как Г.Ф. Шершеневич, определяют стратегию законодательства на десятки лет.

Анализируя нормы законодательства Франции, приведенные выше в пример, а именно Закона о защите детей, подвергшихся дурному обращению и нравственно заброшенных 1889 года, можно отметить, что те основания, о которых говорит Г.Ф. Шершеневич, отчасти являются современной нормой ст. 69 СК РФ, но, правда, несколько в других словах. В конце XIX в. во Франции лишали родительских прав в случае, если родители были осуждены на крупное преступление или неоднократно подвергались наказанию за мелкие или же постоянное пьянство, явно развратное поведение или дурное обращение родителей угрожало здоровью, безопасности или нравственности детей³.

Говоря о правовом регулировании отношений между родителями и детьми конца XIX в., хочется еще раз отметить, что на тот момент у детей фактически не существовало прав. Все права в тот момент находились лишь у одного отца. И ведь по таким законам, по таким нормам жило не одно поколение людей! Сейчас, когда практически все в обществе говорят о необходимости учета интересов ребенка, когда политика государства направлена на защиту детей, когда существует должность Уполномоченного по правам ребенка, когда было принято множество международных нормативно-правовых актов, закрепляющих права детей, эта реальность позапрошлого столетия кажется нам дикостью. Столь строгий семейный уклад, в котором все повиновались воле отца, неуместен в современной России.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 450.

² Там же.

³ См. там же.

И может быть, действительно, законодательство того времени отнюдь не было направлено на защиту несовершеннолетнего. Однако в наше время во многих странах мира возникает совершенно иная реальность, где у родителей могут забрать ребенка лишь за небольшую провинность. Но нам стоит задуматься и почерпнуть для себя из работ великого цивилиста Г.Ф. Шершеневича следующее: а не направлена ли такая политика на разрушение семейных ценностей? Не противоречит ли она тем неписаным нормам, которые остались важными для российских семей и после их законодательной отмены? Думается, что вполне приемлемо почитать своих родителей, которые сделали много для воспитания своего ребенка. Но семейное воспитание не должно переходить, пожалуй, и в домашнюю тиранию, где не существует равенства, любви, доброты, которые так необходимы в каждой настоящей семье.

О.Ю. Ситкова,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и международного частного права,
Саратовская государственная юридическая академия

О функциях семьи и функциях семейно-правовых санкций

Легальное определение семьи отсутствует в семейном праве, но многие ученые неоднократно обращались к этому понятию. Так, Г.Ф. Шершеневич понимает семью как «союз лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих», «группу лиц, связанных браком или родством, живущих совместно друг с другом»¹.

В советском праве определение семьи давалось через перечисление оснований ее возникновения (брак или родство) и характерных для нее признаков (объединение лиц, связанных между собой взаимными правами и обязанностями, взаимной моральной и материальной общностью и поддержкой, рождением и воспитанием потомства, ведением общего хозяйства)². Полагаю, что отсутствие одного или нескольких из этих признаков не прекращает существование семьи.

По мнению О.Ю. Ильиной, «в современных условиях семья выделяется в самостоятельную, независимую от государства сферу, которая характеризуется приоритетом индивидуальных частных интересов и ценностей членов семьи. Она утрачивает признаки социально-публичного института, представляя собой союз лиц, не обремененных взаимными обязанностями»³.

Обязанности членов семьи по отношению к семье состоят в том, чтобы обеспечить ее интересы, а следовательно, поддерживать ее стабильность. Об ответственности семьи перед ее членами в СК РФ ничего не говорится, т.е. семья обязанностями не обременена, вероятно потому, что, не являясь субъектом права, ничего не имеет. И отвечать по обязательствам семье нечем. Есть лишь имущество отдельных ее членов, например супругов.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 406.

² См.: Матвеев Г.К. Советское семейное право. М., 1985. С. 46–48.

³ Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 5.

В основу иерархии интересов семьи стоит поставить ее стабильное самостоятельное функционирование. Следует отметить, что интересы семьи, вероятно, могут меняться в зависимости от того, какие функции государство возлагает на семью, т.е. семейные интересы находятся в зависимости от цели существования этого социального института, которую формирует государство. По словам Г.Ф. Шершеневича, «частные интересы находят поддержку в праве и защиту лишь тогда и настолько, когда и насколько преследование их соответствует общему благу (!). Частный интерес, не отвечающим видам общества, никогда не удостоится общественной (юридической) охраны»¹.

Вопрос об определении функций семьи традиционно рассматривался психологами и социологами. Законченного перечня функций нет. К основным ученые традиционно относят репродуктивную, воспитательную, коммуникативную, экономическую функции².

Г. Навайтис в качестве наиболее важной особенности функций семьи выделяет комплексность. Каждая потребность, удовлетворяемая семьей, может быть удовлетворена и без нее, но только семья позволяет удовлетворить их в комплексе, который в случае сохранения семьи не может быть раздроблен или распределен между другими людьми. Такое понимание функций семьи позволяет отделить семью от других, похожих на нее по некоторым признакам малых групп (например, пар, поддерживающих постоянные сексуальные отношения). Далее автор, исходя из семейных функций, перечисляет несколько групп потребностей, удовлетворяемых семьей: потребности, связанные с отцовством и материнством, потребности, связанные с созданием и поддержанием некоторых материальных условий жизни семьи, и потребности в физической и психической интимности³. Это потребности членов семьи. т.е. граждане, создавая семью, удовлетворяют свои потребности.

Можно разграничить общесемейный интерес и семейный интерес отдельных членов семьи. Потребности, которые испытывают и реализуют посредством создания семьи, являются интересами отдельных ее членов. Безусловно, что в полной мере реализовать эти интересы граждане могут только при долгосрочном и стабильном функционировании семьи. Таким образом, реализация интересов отдельных членов семьи своих интересов способствует реализации общесемейного интереса. И наоборот, граждане заинтересованы в реализации общесемейного интереса, так как благодаря этому реализуются их потребности. Реализуя общесемейный интерес, семья, как социальное образование, выполняет свои функции.

Представляется, что направленность санкций в семейном праве должна определяться теми семейными интересами, которые реализуются в процессе осуществления функций семьи. Санкции семейного права должны быть направлены на охрану семьи, общесемейных интересов, а также на охрану семейных интересов отдельных членов семьи.

Среди функций юридической ответственности в качестве основной называется штрафная, карательная функция, которая традиционно выступает в качестве средства самозащиты общества от нарушения условий его существования. Кара выра-

¹ Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве. Казань, 1898. С. 8.

² См.: Андреева Т.В. Семейная психология: учеб. пособие. СПб., 2004. С. 77.

³ См.: Навайтис Г. Семья в психологической консультации. М.; Воронеж. 1999. С. 6–7.

жается в причинении правонарушителю духовных, личных, материальных обременений. Оно реализуется путем либо изменения юридического статуса нарушителя через ограничение его прав и свобод, либо возложения на него дополнительных обязанностей. Однако наказание правонарушителя не самоцель. Оно является также средством предупреждения (превенции) совершения новых правонарушений.

Что касается воспитательной функции семейно-правовых санкций, то ее целью видится установление, выработка такого поведения участников семейного правоотношения, которое приводило бы к укреплению семьи и долгосрочного ее существования. В качестве основной задачи этой функции является не столько перевоспитание после совершенного правонарушения, а воспитание в гражданах такого морального сознания, которое не позволяло бы им совершать правонарушения. В этом смысле воспитательная функция схожа с превентивной, так как также связана с предупреждением правонарушений. Однако механизм реализации этих функций различен. Реализация воспитательной функции не связывается с виновным поведением правонарушителя и происходит всегда, когда нарушается семейно-правовая норма. Объектом воспитательной функции является правосознание участников семейных правоотношений. Полагаю, что эта функция должна реализовываться еще до наступления правонарушения. Санкции норм семейного права, таким образом, должны воздействовать на сознание граждан, чтобы это воздействие способствовало формированию в сознании людей семейных ценностей и семьи как величайшей ценности. Таким образом, эта функция будет способствовать реализации цели правового регулирования — укрепление семьи и охрана общесемейного интереса, который выражается в стабильности семьи. Специфика воспитательной функции санкций семейно-правовых норм состоит в том, что в случае совершения правонарушения и применения санкций отсутствует специальный воспитательный процесс, который применяется специально уполномоченными органами. Представляется, что это является недостатком. Именно специально уполномоченные органы должны организовывать воспитательный процесс как правонарушителей, так и вообще всех граждан, воспитывать в гражданах уважение к семейным ценностям.

Полагаю, что основной для семейного права является восстановительная функция, которая взаимодействует с превентивной и воспитательной, поскольку целью любой санкции является восстановление нарушенных прав и предупреждение правонарушения. Что касается карательной функции, то она характерна только для санкций ответственности и не выполняется санкциями защиты. При этом и при реализации санкций ответственности механизм реализации данной функции достаточно специфичен, так как наложение дополнительных обременений санкциями правовых норм встречаются в единичных случаях. Помимо этого наказание не является основной и единственной целью применения мер ответственности и не носит «неэквивалентный» характер. Что касается восстановительной функции, пожалуй, условно ее можно назвать в качестве основной. Устанавливать приоритет одной функции санкций над другой нет смысла, так как различные санкции могут в большей или меньшей степени реализовывать ту или иную функцию, но от этого значение функций нельзя принизить. В идеале эффективная реализация превентивной и воспитательной функций семейно-правовых санкций должны обеспечивать в полном объеме механизм реализации субъективных прав участников семейных правоотношений и недопущение семейных правонарушений.

Н.Н. Тарусина,
к.ю.н., профессор,
зав. кафедрой социального и семейного законодательства,
Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова

Взгляды Г.Ф. Шершеневича о сущности семейного законодательства и современная семейно-правовая доктрина

Цивилистика конца XIX — начала XX в. филологически и содержательно была представлена весьма яркими сочинениями, посвященными правовым аспектам социального регулирования отношений с семейным элементом. И это при том, что собственно семейное право, вследствие узаконения православия в качестве государственной религии, было разделено на две части различной отраслевой принадлежности: лично-правовой блок института брака относился к церковному праву, его имущественно-правовой блок, а также другие институты — к праву гражданскому. В принципе подобное «положение вещей» в юридическом мире не дискутировалось, в том числе, видимо, в силу убежденности ученых того времени в правомерности курирования церковью брачной жизни. Вектор размышлений, собственно доктринальных и *de lege ferenda*, был направлен, во-первых, на сферу теории предпосылок метода правового регулирования семейных отношений, во-вторых — на область института родительства и смежных с ним явлений (усыновления, попечения, государственного и общественного призрения). Так, некоторые цивилисты, определенным образом ограниченные в своем научном предвидении историей и тенденциями семейного законодательства, тем не менее склонялись к акцентированию внимания на существенном отличии отношений с семейным элементом от классических гражданских¹. Особенно последовательно отстаивал эту точку зрения А.И. Боровиковский, полагавший, что обычные гражданские установления для семейных отношений (прежде всего неимущественного типа) совершенно не годятся, — следует изобретать иную методологию (как семейно-правовую, так и гражданско-процессуальную) для адекватного их регулирования².

Г.Ф. Шершеневич, будучи классическим цивилистом и автором известных и ценных современниками учебников по теории права и гражданскому праву, занимал в этом вопросе весьма взвешенные позиции. Во-первых, он критически относился к идеям К.Д. Кавелина о перспективах развития системы права, в частности об исключении из предмета гражданского права всех личных правоотношений и, наоборот, о пополнении его всем комплексом отношений, так или иначе связанных с имуществом³. Это, по мнению Г.Ф. Шершеневича, не усовершенствовало

¹ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 5–11, 46–48.

² См.: Боровиковский А. Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1992. С. 214, 263–264, 272–273.

³ См.: Кавелин К. Что есть гражданское право? И где его пределы? СПб., 1884. С. 121–123; Он же. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 12–29.

бы, а разрушило систему права, взаимодействие в ней частных и публичных начал¹. При этом автор неоднократно подчеркивал, что данная система не является формализованной догмой — ее границы весьма подвижны (что, впрочем, этих границ не отменяет): частные и общественные интересы охраняются настолько, насколько согласуются с задачами общества, а охранение частного интереса отдельного лица имеет своею целью и охранение интересов общества в целом².

Во-вторых, размышляя о возможности права в регулировании семейных отношений, допустимой степени вмешательства последнего в данную сферу жизни, Г.Ф. Шершеневич подчеркивал: «Физический и нравственный склад семьи создается помимо права. Введение юридического элемента в личные отношения членов семьи представляется неудачным и недостигающим цели»³.

Однако позиция автора, в том числе в свете последующего внимательного изучения его учебника по гражданскому праву, представляется несколько противоречивой, так как Г.Ф. Шершеневич не только не «подрывал» «присутственных» основ лично-правовых блоков семейного законодательства, но временами подчеркивал неизбежность такого присутствия: «Обязанность сожительства основана на праве личной власти, от которого муж не может отречься. Поэтому воспрещаются все акты, склоняющиеся к самовольному разлучению супругов... Брак возлагает на супругов *обязанность верности*. Нравственное общение, устанавливаемое браком, стесняет возможность *свидетельствовать на суде*... Дети обязываются к почтительности»⁴.

Подобная противоречивость доктрины имеет, пожалуй, системный характер, ибо в современной цивилистике, как известно, периодически возникает дискуссия о суверенности предмета и метода семейного права, допущении в семейное законодательство этических конструкций, возможности и целесообразности наличия в нем значительного числа лично-правовых компонентов. Сомнения высказываются яркими представителями различных поколений цивилистов — от О.С. Иоффе⁶ до Б.М. Гонгалов⁷ и М.В. Антокольской⁸ и др. Однако семейное законодательство как включало в начале XX в., так содержит и в XXI в. этические постулаты о построении семьи и лично-правовые семейные конструкции. Судя по всему, данное противоречие объективно заложено в основу социально-семейной жизни как объекта правового воздействия. Правоприменительная же практика (прежде всего судебная) более 100 лет строится на учете личного и этического начал при разрешении семейной тяжбы.

Весьма плодотворны размышления Г.Ф. Шершеневича об основаниях и сущности родительской власти и смежных с нею институтов. С одной стороны, ученый, опираясь на соответствующие юридические традиции, подчеркивал: если власть над детьми принадлежит родителям, а один из них (жена) находится во власти другого

¹ Подробную критику см.: Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. М., 2003. С. 117–132 (по изд. 1893 г.); Он же. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 6.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 2.

³ Там же. С. 583.

⁴ Там же. С. 616–618.

⁵ Там же. С. 627.

⁶ См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. III. Л., 1965. С. 182–184.

⁷ См.: Семейное право / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.

⁸ См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2010. С. 25–26, 41–42.

(мужа), то, «по строгому выводу», дети всегда должны подчиняться воле отца и, при его желании, следовать за ним. Однако, с другой стороны, поскольку власть вручается как средство воспитания, суду необходимо принять в соображение образ жизни отца и матери и отдать ребенка лучшему, с нравственной точки зрения, воспитателю¹. Исследуя явления правовой аналогии и толкования, Г.Ф. Шершеневич иллюстрировал применение данных технологий образцом именно из данной области споров. В отсутствие прямого ответа закона на вопрос о месте проживания ребенка, размышлял автор, суд не может применить по аналогии нормативные предписания о статусе внебрачных детей ввиду существенного различия методов правового регулирования этих двух типов отношений, поэтому по общему правилу в вопросах семейной жизни следует исходить из того, что решающий голос принадлежит отцу, в то же время соответствующая власть вручается родителю в интересах государственных, а значит, в ситуации, когда ребенку вредно оставаться с отцом, преимущество должно быть отдано матери².

Следует заметить, что изложенное очередной раз свидетельствует о глубоком понимании Г.Ф. Шершеневичем, несмотря на отнесение семейного закона к сфере частного права, двойственной природы метода семейно-правового регулирования, ситуационности семейно-правовых норм, а следовательно, и значительной доли судебного усмотрения при разрешении семейных тяжб. Впоследствии указанные положения были систематизированы и углублены советскими и российскими семейноведами и процессуалистами³.

Весьма значительный интерес (в качестве предпосылки для современной доктрины) представляет положение о том, что воспитание для родителей составляет вместе право и обязанность⁴. Данная идея, представлявшаяся Г.Ф. Шершеневичу очевидной, адекватной сущности родительства, по-прежнему относится к дискуссионной. Причем ряд блестящих теоретиков права и цивилистов с данной точкой зрения оказались солидарны: Е.М. Ворожейкин, О.С. Иоффе, Н.И. Матузов, А.М. Нечаева, В.А. Рясенцев и др.⁵.

Наконец, родительская власть предполагала специфическую обязанность ребенка ей подчиниться. Это положение семейного закона и его прочтение Г.Ф. Шершеневичем не были приняты законодателями и семейноведами последующих периодов. Однако в последние годы идея закрепления указанной обязанности ребенка в семейном законе возрождена и обсуждается в качестве приемлемой гипотезы⁶.

Думается, что цивилистическое наследие Г.Ф. Шершеневича еще долгие годы будет предметом пристального исследования ученых и фундаментальным поводом к юридическому творчеству.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 627.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 321.

³ Подробнее об этом см.: Тарусина Н.Н. О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль: ЯрГУ, 2011. С. 57–61, 98–101, 119–139.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 625.

⁵ См.: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 238–239; Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 59 и др. Подробно об этом см.: Тарусина Н.Н. Семейное право: Очерки из классики и модерна. С. 298–311.

⁶ См., например: Иоффе О.С. Указ. соч. С. 238–239; Рабец А.М. Проблемы укрепления нравственных начал в нормах о личных неимущественных правах и обязанностях родителей и детей // Научные труды РАЮН. М., 2003. № 3. С. 162–163, и др.

В.И. Труба,

к.ю.н., доцент, декан экономико-юридического факультета,
Одесский национальный университет им. И.И. Мечникова

Конвергенция частного и публичного права на примере семейных правоотношений

Бурное нормотворчество последних лет, активизация международно-правовой интеграции как украинского, так и российского законодательства сопровождаются как положительными, так и проблемными явлениями, вызывающими острую дискуссию среди ученых. Одной из таких дискуссий является дискуссия о соотношении частного и публичного права. Данная проблема волнует и цивилистов, и представителей других отраслей права, в том числе и общей теории права.

Причем нельзя утверждать, что развитие украинского законодательства имеет тенденцию к проникновению частноправовых инструментов в те сферы общественной жизни, которые ранее традиционно считались публично-правовыми. Наблюдается также и дальнейшее утверждение публично-правовых начал в частноправовых сферах жизнедеятельности общества (всем известно продолжающееся в Украине противостояние так называемых хозяйственников и классических цивилистов в связи с существованием ХК Украины наряду с ГК Украины).

Мы не будем вступать в полемику о значимости системы частного и системы публичного права, о теоретических основах разделения публичных и частных начал в правовом регулировании, согласившись с тем, что в его основе лежит как интерес (публичный и частный), так и способ построения и регулирования юридических отношений. Предлагаем рассмотреть соотношение публично-правовых и частноправовых начал в правовом регулировании семейных отношений.

Несмотря на изменения в правовом регулировании брака и семьи, происходящие в нашем государстве, связанные с увеличением диспозитивности в правовом регулировании семейных правоотношений, отдельные аспекты жизнедеятельности семьи, обеспечения ее стабильного существования и правовой защиты относятся к сфере публичных (государственных) интересов.

Публичный интерес в семейном праве является многообразным. Такой интерес отражается в нормах семейного законодательства — семья является первичной и основной ячейкой общества (ч. 1 ст. 3 СК Украины), государство берет под охрану семью (ст. 5 СК Украины). Последнее заключается в том, что: государство охраняет семью, детство, материнство, отцовство, создает условия для укрепления семьи; государство создает человеку условия для материнства и отцовства, обеспечивает охрану прав матери и отца, материально и морально поощряет и поддерживает материнство и отцовство; государство обеспечивает приоритет семейного воспитания ребенка; государство берет под свою охрану каждого ребенка-сироту и ребенка, лишенного родительской заботы, никто не может подвергаться вмешательству в его семейную жизнь, кроме случаев, установленных Конституцией Украины.

Условно публичный интерес, отраженный в СК Украины, можно классифицировать по правоотношениям, им урегулированным (брачные отношения; отношения между родителями и детьми; отношения по устройству детей-сирот и детей, лишенных

родительского попечения; отношения между другими членами семьи и родственниками). Отношения между субъектами семейного права имеют свою специфику и соответствующий государственный интерес, который отображается в определенном государственном учете, контроле, «патронате», осуществляемом органами государственной власти, местного самоуправления и их должностными лицами.

Одним из факторов, характеризующих наличие публичного интереса в семейном законодательстве, являются требования закона о государственной регистрации актов гражданского состояния. Так, СК Украины предусматривает государственную регистрацию таких юридических фактов, как заключение брака (ст. 21, 27), расторжение брака (ст. 106, 107, 115), рождение физического лица (ст. 144) и его происхождение (ст. 145–147), изменение имени (ст. 148, 149), изменение сведений о месте рождения и дате рождения ребенка, а также его происхождение в связи с усыновлением (ст. 229–231). Регистрация этих фактов органом государственной регистрации актов гражданского состояния имеет большое значение, поскольку, во-первых, служит защите личных неимущественных и имущественных прав лиц, определению гражданского статуса физического лица, упрощает установление родственных и семейных связей, может пригодиться при решении вопросов о взыскании алиментов, наследовании, назначения пенсий и т.д. Во-вторых, служит исходными данными для учета и исследования социально-демографической, социально-пространственной структуры населения государства.

Недаром государственной регистрации отдельных актов гражданского состояния семейным законодательством, а значит, и государством, придается особое значение. Так, ст. 27 СК Украины определяет значение государственной регистрации брака как обеспечение стабильности отношений между женщиной и мужчиной, охрана прав и интересов супругов, их детей, а также как интересы государства и общества. В противовес этой норме СК Украины содержит иные нормы, не отражающие заинтересованность государства в стабильности семейных отношений. Речь идет о нормах семейного законодательства, придающих правовое значение так называемым «фактическим бракам», а именно о положениях ст. 74 СК Украины, определяющих правовой режим имущества женщины и мужчины, проживающих одной семьей, но не состоящих в браке между собой или в любом другом браке, а также ст. 91 СК Украины о признании права на содержание женщины и мужчины, которые не состоят в браке между собой.

Такая двойственность в законодательстве и в жизни представляется парадоксальной. Люди добровольно отказываются от того, чтобы их отношения и интересы были под охраной государства путем регистрации брака, однако хотят получить определенную защиту в дальнейшем, на всякий случай. Однако в этом случае государство само идет на нарушение баланса между публичными и частными интересами. Человек не хочет вмешательства государства в его личные права (как то право на интимную жизнь) путем регистрации брака, считает вполне достаточным защиту своих интересов с помощью общих принципов гражданского законодательства. При этом не стоит искажать понятие «брак», поскольку последний все же предусматривает урегулированность имущественных правоотношений супругов, ряд других важных факторов, которые должны учитываться при решении имущественных вопросов супругов, и вряд ли их можно автоматически распространять на людей, которые «просто» совместно проживают, не вступая в брак, при этом имея наверняка какие-то аргументы в пользу этого. Социальный механизм фактических отноше-

ний действует по другим правилам, чем механизм правовых отношений, и является не лучшей формой для осуществления над ними патронажа со стороны государства и общества. А называть браком, определение которого приводится в ст. 21 СК Украины, отношения сожительства мужчины и женщины неуместно. Также считаем, что государство должно поощрять государственную регистрацию брака и всячески способствовать ей, а законодательство должно обеспечивать государственную регистрацию таких отношений. СК Украины содержит более прогрессивную норму по сравнению с КоБС Украины 1969 г. относительно соблюдения месячного срока со дня представления лицами заявления о регистрации брака и регистрацией брака. Так, в ч. 2 ст. 32 СК Украины прямо указано, что в случае беременности невесты, рождения ею ребенка, а также если есть непосредственная угроза для жизни невесты или жениха, брак регистрируется в день представления соответствующего заявления или в любой другой день по желанию жениха и невесты на протяжении одного месяца. В связи со сказанным целесообразно закрепить в СК Украины правило о возможности регистрации брака до истечения установленного срока, если в орган государственной регистрации актов гражданского состояния с заявлением обращаются мужчина и женщина, проживающие одной семьей, но не состоящие в браке между собой или в любом другом браке.

Мы привели лишь один пример отражения взаимопроникновения публичных и частных интересов. Интересны в этом аспекте различные конструкции договоров, существование в частноправовых договорах публичных элементов и т.д.

Т.В. Шершень,

к.ю.н., доцент, зав. кафедрой гражданского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Частные и публичные начала в правовом регулировании семейных отношений

Деление права на публичное и частное отражает важнейший концептуальный подход, представляя собой соотношение разных правовых начал. Семейное право по своей природе относится к частному праву наряду с гражданским, трудовым, международным частным правом, однако это отнюдь не означает, что в нем нет и не должно быть элементов публичного права. Публичные начала необходимы прежде всего для обеспечения соблюдения прав и интересов несовершеннолетних и нетрудоспособных членов семьи, тех, кто в силу возраста или состояния здоровья нуждается в дополнительных гарантиях защиты со стороны государства.

Проблема частного права, соотношения частного и публичного права — это старая, но хорошо забытая в советское время¹ проблема. Она активно исследовалась выдаю-

¹ Как справедливо отмечено Т.В. Кашаниной: «Правда, и в советское время некоторые ученые находили в себе мужество исследовать проблему частного права. Это М.М. Агарков, Б.Б. Черепахин. Но их голос был голосом вопиющего в пустыне. Свертывание товарно-денежных отношений, переход

щимися дореволюционными учеными-правоведами (Ю.С. Гамбаровым, Д.И. Мейером, Л.И. Петражицким, И.А. Покровским, Г.Ф. Шершеневичем и др.) и была возрождена в России периода перестройки, прежде всего благодаря работам С.С. Алексеева. Обращение к проблеме частного и публичного права вызвано стремлением ученых проникнуть в суть этих явлений, выявить критерии их разграничения, определить подходы к их изучению. В качестве основы разграничения частного и публичного права в разное время предлагались: материальный критерий (цель, интерес, заложенные в норме права); формальный критерий (кому принадлежит инициатива в защите нарушенных прав); волевой критерий¹; характер регулируемых правом отношений²; положение субъектов в правоотношении³; значимость общественных отношений⁴; специфика методов регулирования и сущность данной правовой сферы⁵ и др.

Разнообразие критериев разграничения публичного и частного права с научной точки зрения скорее усложняет исследовательскую задачу. Как точно подмечено Г.Ф. Шершеневичем, «до сих пор остается не вполне выясненным, где находится межевая черта между гражданским и публичным правом, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носит название частного права и составляет предмет особой науки»⁶. Действительно, граница частного и публичного права размыта, более того, нередко наблюдается конвергенция данных систем⁷. И.А. Покровский в исследовательских целях доводит такую «диффузию» до предельной степени, полагая, что по началам публичного права может быть построена чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения» может прийти к мысли о предписании всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными властями предержащими⁸. Как тонко замечает Н.Н. Тарусина: «Если бы И.А. Покровский был знаком с юридической практикой ограничения рождаемости в КНР, запрета признания или судебного отыскания внебрачного отцовства с 1944 по 1968 г. в СССР, «драконовской» процедурой развода в нашей же стране с 1944 по 1965 г. (публикация в газете, двуступенчатость процесса и пр.), запретом аборт (в ряде стран — до настоящего времени) и другими примерами ближней законодательной истории, ему не пришлось бы искать аргументы в столь глубоких пластах прошлого и смущаться тому, что он их-таки обнаружил...»⁹ Этот перечень можно продолжить, включив в него суще-

к управлению обществом на основе команд сверху — вот главная причина «узаконивания» всего и вся, т.е. победного шествия публичного права по России» (см.: Частное право: учебник. М., 2009. С. 28–29).

¹ См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. М., 1911. С. 141.

³ См.: Черепахин Б.Б. К вопросу о частном и публичном праве. М., 1994. С. 35.

⁴ Агарков М.М. Ценность частного права // Правоведение. 1992. № 1–2. С. 38.

⁵ См.: Петражицкий Л.И. Общая теория права в связи с теорией нравственности. СПб., 1911. С. 711–714.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005.

⁷ Подробнее об этом см.: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011; Он же. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5.

⁸ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 43; Тарусина Н.Н. Семейное право: очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 47.

⁹ Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 47–48.

ствовавший в СССР налог на холостяков и введенный с 1 января 2013 г. в России запрет на усыновление российских детей гражданами США.

Представляя конгломерат частноправовых и публично-правовых норм, семейное право не может быть только частным; на это обращал внимание Д.И. Мейер: «Справедливо, что в отношениях семейственных есть имущественная сторона; но по существу своему учреждения семейственного союза чужды сфере гражданского права. Так, брак с точки зрения христианской религии представляется учреждением религиозным», «поэтому и место учению о браке — в системе *канонического права*. Юридическая сторона отношений между родителями и детьми заключается преимущественно в родительской власти и, следовательно, прилично поместить учение о ней в *государственном праве*»¹. По мнению Д.И. Мейера, союзу родственному, как учреждению нравственно-религиозному, следовало бы определить место в каноническом праве, а учению об опеке — в праве государственном. Рассматривая существо опеки «в попечении государства об участии лиц, которые сами не могут заботиться о себе», Д.И. Мейер отмечал: «Государство действует здесь, как всегда, через присутственные места и должностных лиц: деятельность их не частная».

В семейном праве частная компонента тесно переплетена с публичной, что предопределено целым рядом обстоятельств. В отличие от права гражданского, где равенство участников гражданских правоотношений выступает в качестве основополагающего принципа, в семейном праве равенство участников семейных отношений на уровне основных начал семейного законодательства не закреплено. Более того, «равенство юридически не абсолютно в отношениях между родителями и детьми (и других подобных), в алиментных обязательствах, колеблется льготированием женщины-матери в отношениях между супругами»². Реализация субъективных семейных прав и обязанностей находится в предусмотренных законом случаях под контролем со стороны компетентных государственных органов (прежде всего органов опеки и попечительства, прокуратуры).

Проявление публичных и частных начал в российском семейном праве прослеживается на уровне различных правовых институтов в разной степени. В современном семейном праве публичные и частные отношения являются взаимообусловленными и теснейшим образом переплетенными, что объяснимо относительностью частной либо публичной природы субъективных прав, когда посредством защиты субъективного права участника семейных отношений одновременно обеспечивается охрана публичных интересов. Придание публичной значимости частным интересам — сущностное качество правового государства, обращенного к индивиду, его правам и свободам, учитывающего и отражающего его интересы. В современных условиях частные и публичные начала воздействуют на правовое регулирование семейных отношений, заставляя семейное право находиться в постоянном саморазвитии, изменяться, отражая конкретные объективные реалии.

Деление права на частное и публичное — это не проблема системы права, а проблема философии права, поскольку отраслей права (законодательства), содержащих только нормы частного права, в российском законодательстве не существует³.

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. В 2 ч. (по испр. и доп. 8-му изд., 1902). М., 2000. С. 40–41.

² См.: Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 50.

³ См.: Андреев В.К. Гражданское право не должно быть только частным // Российское правосудие. 2010. № 2. С. 32–41.

Правовое регулирование семейных отношений включает значительную публично-правовую составляющую, несмотря на то, что семейное право входит в систему частного права, ядром которой выступает право гражданское. Государственное регулирование в семейном праве существенно более ярко выражено, нежели в праве гражданском, что обусловлено особой ролью семьи и брака в жизни общества и государства. Любое государство жизненно заинтересовано в стабильности таких социальных институтов, как семья и брак, в контроле воспроизводства населения, и потому проводит определенную демографическую политику (яркий пример — беспрецедентные меры, предпринятые за последние годы в России для стимулирования рождаемости). Политика России как социального государства направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, государственную поддержку семьи, отцовства, материнства и детства (ст. 2 и 7 Конституции РФ).

Проблема частного и публичного права, по сути, имеет методологический характер, указывает на один из методов познания и изучения права, один из способов, приемов систематизации права, понимаемого как единое и целостное явление¹. Словно развивая эту мысль, Н.Н. Тарусина обращает внимание на смешение методологических «стилей» как в семейном праве, так и в семейном законодательстве² и приходит к выводу о том, что личный характер семейных отношений, интерес со стороны государства и общества к их нормальному формированию и развитию создает автономный тип взаимодействия в семейно-правовой сфере публично-правовых начал, «рождает специфический набор технологий, т.е. суверенно-отраслевой метод правового регулирования», определяющей чертой которого выступает ситуационность.

ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

А.В. Барков,

д.ю.н.,

профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин,
Московская академия экономики и права

Творческое развитие идей Г.Ф. Шершеневича о социальной направленности государства в современной правовой модели социальной политики

В настоящее время в условиях поиска оптимальной правовой конструкции социальной политики государства трудно переоценить значение идей выдающегося российского ученого Г.Ф. Шершеневича, еще в начале XX в. высказавшего мысль о необходимости эволюции дореволюционной модели полицейского рос-

¹ См.: Мальцев Г.В. Частные и публичные начала в общественной и правовой жизни: научная доктрина и практика // Гражданское и торговое право зарубежных стран. М., 2004. С. 743.

² См.: Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 52. См. также: Микрюков В.А. Ситуационность — главная черта метода семейного права // Семейное и жилищное право. 2011. № 4.

сийского государства к правовому, а затем и к социальному государству¹. Творческое развитие данных идей величайшего правоведа позволяет сформулировать концепцию правового регулирования рынка социальных услуг, позиционируемую в настоящей статье в качестве альтернативы современной правовой модели социальной защиты.

1. Эффективность механизма правового регулирования данного рынка обуславливается результативным воздействием на имущественные отношения по оказанию социальных услуг гражданско-правовым инструментарием (правосубъектные, вещно- и обязательственно-правовые средства и ответственность), составляющим его основу, в оптимальном сочетании с публично-правовыми средствами в целях социального содействия лицам, находящимся в трудной жизненной ситуации. Разработан механизм правового регулирования, выявлены правовая природа социальных услуг как объекта рыночного товарообмена, сфера и пределы их предоставления, предложена авторская классификация социальных услуг и даны рекомендации по повышению их качества. Определены перспективы и тенденции развития правового института социального обслуживания в направлении сближения с материнской отраслью гражданского права.

2. Выявлены особенности рынка социальных услуг как объекта правового регулирования, дано его определение и структура:

а) концепция социального содействия, представляющая собой правовую основу рынка социальных услуг, регламентирующая деятельность государства, муниципальных образований, юридических и физических лиц по оказанию социальных услуг, связанную с реализацией идеи максимального использования внутреннего ресурса лица, находящегося в трудной жизненной ситуации;

б) объекты — социальные услуги, рассматриваемые автором как родовое понятие, объединяющее социально-медицинские, социально-бытовые, социально-психологические, социально-юридические, социально-страховые и другие материальные блага, отвечающие требованиям гражданско-правовой услуги, т.е. представляющие собой деятельность или действия, требующие договорного режима вне зависимости от условий ее оказания и оплаты в целях социального содействия лицу в преодолении трудной жизненной ситуации;

в) субъекты — услугополучатели (лица, находящиеся в трудной жизненной ситуации) и услугодатели (предприниматели, юридические лица различной организационно-правовой формы, но в первую очередь в соответствии со спецификой отношений некоммерческих организаций, оказывающие социальные услуги и действующие на рынке не для извлечения прибыли, а с целью реализовать уставные задачи по социальному содействию потребителям этих услуг).

3. 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

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. *Философия права*. Т. 1: Часть теоретическая. Общая теория права. М., 1911. С. 249–250.

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 — «договоры 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.

4. Выделение договоров социального содействия обусловливается необходимостью законодательного совершенствования их правового режима и позволяет оптимизировать отношения в сфере оказания социальных услуг без встречного имущественного представления. Необходимо легализовать конструкцию договора социального содействия детям, оставшимся без попечения родителей, как соглашение между организациями для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, и органом опеки и попечительства в пользу третьего лица — ребенка, находящегося в трудной жизненной ситуации.

5. Неоднородность субъектного состава позволяет выделить в группе договоров социального содействия две разновидности: а) детям, оставшимся без попечения родителей; б) дееспособным лицам, находящимся в трудной жизненной ситуации. Наиболее эффективной моделью отношений по оказанию услуг дееспособному лицу, находящемуся в трудной жизненной ситуации, является договор социального содействия между этим лицом и исполнителем (учреждением социальной защиты) с участием третьего лица — публично-правового образования (органа опеки и попечительства). Оптимальным основанием для возникновения этих отношений признается конкурс на проведение социального заказа.

6. 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.

7. Обоснованы научно-практические рекомендации, которые учитываются при разработке авторской концепции Проекта федерального закона «О социальных услугах», на некоторые из которых предлагается обратить внимание:

а) обязательное лицензирование всех видов деятельности, связанных с осуществлением социального обслуживания;

б) нормативное закрепление необходимости создания саморегулируемых организаций как правового средства организации и контроля в сфере оказания социальных услуг; наделение их распорядительными, нормотворческими полномочиями и возможностью поощрения вступления в них лицензированных субъектов; отнесение к их компетенции защиты интересов работодателей, содействие повышению

уровня их профессиональной подготовки, помощь в создании и разработке образовательных программ по профессиональному обучению специалистов, принятие и контроль за исполнением стандартов в области оказания социальных услуг, создание свода этических норм, принятие участия в разработке типовых договоров по оказанию социальных услуг;

в) обеспечение гарантии защиты имущественных прав потребителей социальных услуг посредством обязательного страхования гражданской ответственности субъектов, осуществляющих данный вид деятельности;

г) легальное закрепление правовой конструкции социального агентирования, в которой следует легализовать солидарную ответственность органов опеки и попечительства и помощника за вред, причиненный здоровью лицу, нуждающемуся в патронаже, в случае признания ненадлежащего контроля за исполнителем, оказывающим социальные услуги;

д) легальное обеспечение ответственности в договорных отношениях публичного образования за просрочку исполнения обязательства по оказанию социальных услуг перед исполнителем услуги в случаях, если оно выступает в качестве плательщика за услуги.

Представляется, что предложенная концепция правового регулирования рынка социальных услуг в свете реализации идей Г.Ф. Шершеневича о социальном государстве позволит смоделировать оптимальную правовую конструкцию социальной политики государства, гарантирующую обеспечение социально-имущественных потребностей российских граждан.

Д.М. Губайдулина,

студентка 4-го курса юридического факультета,
Казанский (Приволжский) федеральный университет
научный руководитель ст. преподаватель А.А. Бикеев

Вклад профессора Г.Ф. Шершеневича в науку трудового права

Вклад Г.Ф. Шершеневича в российскую юридическую науку неоценим. Его труды посвящены гражданскому, предпринимательскому праву, арбитражному процессу. Идеи Шершеневича остаются актуальными и на сегодняшний день, они нашли свое отражение в современном законодательстве.

Наше исследование носит оригинальный и смелый характер. Оно связано с влиянием взглядов Г.Ф. Шершеневича на науку трудового права. Трудовое право как отрасль права возникло лишь в конце XIX – начале XX в. Но нам удалось увидеть в законодательстве XIX в., в трудах Г.Ф. Шершеневича некоторые предпосылки возникновения трудового права как самостоятельной отрасли права, законодательства и правовой науки.

Сначала необходимо узнать, каково понимание и регулирование труда в конце XIX – начале XX в. Труд в понимании Г.Ф. Шершеневича является объектом пра-

воотношений. Существует несколько оснований возникновения правоотношений по использованию чужого труда:

- 1) родительская власть;
- 2) закон (в отношении крепостных, временнообязанных);
- 3) договор личного найма.

Г.Ф. Шершеневич анализирует лишь третье основание, рассматривая труд в рамках свободного соглашения сторон о пользовании и предоставлении услуг. Он считает, что договор личного найма является гражданско-правовым договором. Его объектом выступает право пользования услугами другого лица. При этом договор носит своеобразный характер ввиду возможности заключения его лицами, ограниченными в дееспособности, а также лицом без его волеизъявления. Особенность правового регулирования отношений в сфере труда заключается в отсутствии полноценного общего регулирования всех видов личного найма, а также в наличии множества специальных правовых актов, регулирующих труд отдельных работников.

Несмотря на то, что цивилисты XIX в., в том числе Г.Ф. Шершеневич, твердо стояли на позиции включения договора личного найма в сферу гражданского права, в законодательстве того времени можно обнаружить некоторые предпосылки зарождения трудового права. К такому выводу мы пришли на основе анализа ч. 1 т. X Свода законов Российской империи¹, § 52 «Учебника русского гражданского права» Г.Ф. Шершеневича². Попробуем выделить некоторые главные положения. Они тесно связаны с проблемой разграничения трудовых и гражданско-правовых отношений.

1. *Трудовая функция как признак трудовых отношений.* Признак трудовой функции работника был определен законодателем в ст. 2201 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи. Согласно ей личный наем может быть не только для домашних услуг и для отправления земледельческих, ремесленных и заводских работ, торговых и прочих промыслов, но и вообще для отправления всякого рода работ и должностей, не воспрещенных законом.

Если обратиться к действующему ТК РФ, то для определения трудовой функции используются такие критерии, как должность, профессия, специальность, конкретный вид поручаемой работнику работы (ст. 57 ТК РФ).

2. *Личный характер труда как признак трудовых отношений.* Г.Ф. Шершеневич уделял особое внимание личности контрагентов договора личного найма: «Оказываемые одним человеком другому услуги неотделимы от самого человека, а потому пользование его рабочей силой, его рабочими способностями, его талантами косвенно распространяется и на носителя их». Он подчеркивает, что закон выделяет договоры личного найма в отдельную группу. Действительно, разд. 4 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи именуется «Об обязательствах личных по договорам в особенности».

Основатель науки трудового права Л.С. Таль также обращал внимание на личность работника: «Специфический характер договоров о труде как отдельной юридической категории определяется особенностями их предмета — труда, а именно его неразрывной связью с личностью работника. Наш Свод гражданских законов

¹ Свод законов Российской Империи. Т. X. СПб., 1900.

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911.

по вопросу о найме труда стоит на исторической почве и больше западных кодексов подчеркивает личный характер договора»¹.

Важное значение личности работника обуславливает личный характер труда, присущий трудовым отношениям. ТК РФ прямо устанавливает личный характер труда без каких-либо исключений: «Трудовые отношения — отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции...»

3. *Возмездный характер труда*. Статья 2218 ч. 1 т. X Свода законов Российской империи устанавливает: «При заключении найма договаривающиеся стороны обязаны определить цену оного. Условие о цене личного найма называется также и рядом, а самая цена — рядною платою».

Г.Ф. Шершеневич указывал, что плата за труд может выражаться в различных формах: в виде платы за известное время труда, в виде платы поштучной, в виде участия в прибыли с предприятия. Данные формы оплаты труда напоминают нам современную сдельную и повременную системы оплаты труда работника, используемые работодателями.

4. *Хозяйская власть как признак трудовых отношений*. Данный признак в дореволюционном законодательстве носит ограниченный характер. Он распространяется лишь на отдельные категории работников: в частности, на фабричных рабочих, прислугу. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал зависимость образа жизни нанявшегося от воли нанимателя. Он понимает данный признак как ограничение свободы соглашения, способного в действительности повлечь за собой необходимое подчинение рабочего требованиям работодателя.

Примечательно, что Г.Ф. Шершеневич видит признак хозяйской власти в виде нормы полицейского права, так как подобные ограничения не присущи гражданскому праву. Действительно, хозяйская власть в дореволюционное время не могла быть признана в рамках гражданского права. Ввиду отсутствия трудового права как отрасли ученые-цивилисты относили ее к полицейскому праву. Данный подход является логичным и обоснованным для того времени.

Впоследствии Л.С. Таль в своем труде «Трудовой договор. Цивилистическое исследование» обосновал наличие особых трудовых отношений, сформулировав критерий хозяйской власти: «Отличительными признаками договора о служебном труде (трудового договора) являются: приложение рабочей силы к чужому хозяйству, временное подчинение его хозяйской власти и несамостоятельность работника, в смысле отправления им каких-либо функций в чужом предприятии или хозяйстве»

В современном трудовом праве данная воля выражается в форме приказов работодателя, локальных нормативных актов, материальной и дисциплинарной ответственности работника.

На сегодняшний день для разграничения гражданско-правовых и трудовых отношений практическому применению подлежат следующие признаки:

- а) хозяйская власть работодателя как универсальный признак;
- б) трудовая функция, личный характер труда — в определенных случаях.

¹ Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. М., 2006. (Классика российской цивилистики)

Необходимо отметить, что данные признаки присущи и дореволюционному, и современному законодательству. Г.Ф. Шершеневич писал о них, но не в рамках отрасли трудового права, а отражая сочетание гражданского права с правом полицейским. Г.Ф. Шершеневич подтверждал сплетение норм гражданского права с нормами полицейского на примере правового регулирования труда фабричных рабочих.

Таким образом, именно правовое регулирование труда рабочих фабрик являлось ярким примером зарождения трудового законодательства. На примере рабочих можно увидеть использование норм трудового права, которые сохранили свою актуальность и на сегодняшний день.

Krzysztof Raczka,
Prof. UW DR HAB

Prawo pracy a prawo cywilne

1. Związki genetyczne prawa pracy i prawa cywilnego

Prawo pracy jest stosunkowo «młoda» gałęzią prawa. Jej początki sięgają przełomu XVIII i XIX wieku, kiedy to na skutek rewolucji przemysłowej powstało na szeroką skalę zapotrzebowanie na najem formalnie wolnej siły roboczej. Nowy ustrój społeczno – ekonomiczny – kapitalizm stworzył zapotrzebowanie na nowe formy zatrudnienia. W pierwszej jego fazie określana mianem kapitalizmu wolnokonkurencyjnego w pełni przydatna okazała się tu umowa najmu siły roboczej w pełni odpowiadająca założeniom liberalizmu gospodarczego. Umożliwiała ona określanie warunków pracy i płacy w drodze porozumienia pomiędzy formalnie równymi kontrahentami – dysponentem narzędzi pracy i dysponentem własnej siły roboczej; stanowiła umowę kupna – sprzedaży swoistego towaru jakim była pracownicza zdolność do pracy. W pierwszym okresie kapitalizmu stosunki zatrudnienia traktowane były wyłącznie jako stosunki wyłącznie o charakterze prywatnoprawnym.

Umowa najmu siły roboczej oparta była na założeniu formalnej równości stron. Jednak przy ekonomicznej nierówności zatrudniającego i zatrudnionego prowadziła ona do jednostronnego dyktatu strony silniejszej ekonomicznie, czyli pracodawcy, który de facto jednostronnie dyktował pracownikowi warunki pracy i płacy. Siłą rzeczy musiało to prowadzić do wyzysku pracowników. W konsekwencji począwszy od drugiej połowy XIX w. ściśle cywilistyczna linia rozwoju stosunków zatrudnienia zaczęła się załamywać. Wraz z rozwojem wielkiego przemysłu i postępującą urbanizacją krajów kapitalistycznych powstała klasa robotnicza, która zaczęła stopniowo organizować i artykułować swoje interesy. Pod wpływem żądań robotniczych na przełomie XIX i XX wieku powstaje ustawodawstwo fabryczne, zwane też ustawodawstwem przemysłowym lub prawem robotniczym. Ustawodawstwo to zaczęło wkraczać w sferę stosunków pracy, ograniczając dominującą dotychczas formalną autonomię woli stron umowy najmu siły roboczej, a de facto autonomię pracodawcy. Stosunki zatrudnienia objęte zostały częściowo unormowaniami publicznoprawnymi. Dotyczyło to w szczególności takich dziedzin jak czas pracy, zatrudnianie młodocianych i kobiet przy pracach szkodliwych

dla zdrowia, dokonywania potrąceń z wynagrodzenia, wymierzanie kar robotnikom. Z czasem ustanowiono inspekcję fabryczną, częściowe ubezpieczenia robotników od wypadków przy pracy i chorób. W ten sposób zapoczątkowano nową linię rozwojową prowadzącą do ukształtowania prawa pracy w jego obecnym kształcie. Nowy nurt rozwoju prawa regulującego stosunki zatrudnienia powstał w wyniku syntezy pierwiastków prywatnoprawnych i publicznoprawnych. Nie ulega jednak wątpliwości, że to właśnie prawo cywilne stanowi pień genetyczny dla prawa pracy, a właściwie prawa stosunku pracy najważniejszego działu prawa pracy, którego centralnym zagadnieniem jest umowa o pracę mająca swą genezę w umowie najmu siły roboczej.

W Polsce prawo pracy faktycznie wyodrębniło się z prawa cywilnego w okresie międzywojenny, w latach dwudziestych i trzydziestych XX w. W okresie tym ustanowiono wiele aktów poświęconych wyłącznie stosunkom pracy dobrowolnie podporządkowanym oraz stosunkom nimi związanym. Formalnie jednak prawo stosunku pracy tkwiło jeszcze w ramach [prawa cywilnego Wystarczy wspomnieć, że umowa o pracę regulowana była w Kodeksie zobowiązań (1933). Normatywnym potwierdzeniem odrębności prawa pracy w Polsce stał się dopiero Kodeks cywilny (1964). Artykuł XII § 1 przepisów wprowadzających Kodeks cywilny stwierdza, że Kodeks cywilny nie narusza przepisów ustawodawstwa pracy, zaś 3 tego artykułu stanowił, że w wypadkach nieuregulowanych przepisami prawa pracy, do stosunku pracy stosować należy odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, chyba że były one niezgodne z zasadami prawa pracy.

2. Związki normatywne prawa pracy i prawa cywilnego

Wyodrębnienie się prawa pracy z prawa cywilnego nie oznacza wcale zupełnej separacji tych dwóch gałęzi prawa. Prawo pracy pozostaje ciągle w związku normatywnym z prawem cywilnym, który polega na tym, że do stosunków pracy stosowane są niektóre przepisy Kodeksu cywilnego. Podstawowym przepisem regulującym normatywne relacje prawa pracy i prawa cywilnego jest art. 300 k.p. W myśl tego przepisu w sprawach nie unormowanych przepisami prawa pracy do stosunku pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Jak widzimy art. 300 k.p. nie wskazuje indywidualnie przepisów Kodeksu cywilnego, do których odsyła, lecz odsyła ogólnie do tego kodeksu. Odesłanie szczegółowe zawiera natomiast art. 291 § 3 k.p., który nakazuje stosowanie do roszczeń pracodawców o naprawienie szkody wyrządzonej przez pracownika wskutek zagarnięcia mienia lub w inny umyślny sposób, przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu.

Artykuł 300 k.p. dopuszcza stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego, nie zaś przepisów całego prawa cywilnego, a przepisy tego kodeksu mają zastosowanie tylko do «stosunku pracy», a nie do innych stosunków stanowiących przedmiot prawa pracy.

Dopuszczalność stosowania przepisów Kodeksu cywilnego do stosunków pracy uzależniona jest od łącznego spełnienia dwóch warunków:

- dana sprawa odnosząca się do stosunku pracy nie jest unormowana przepisami prawa pracy;
- przepis Kodeksu cywilnego nadający się do wypełnienia luki w prawie pracy nie jest sprzeczny z zasadami prawa pracy.

Jeżeli te dwie przesłanki są łącznie spełnione, to przepis Kodeksu cywilnego stosuje się «odpowiednio».

Nie uregulowanie w prawie pracy danej sprawy dotyczącej stosunku pracy może obejmować dwie grupy przypadków — gdy dany problem w ogóle nie jest unormowany

w przepisach prawa pracy, albo gdy jest on unormowany w prawie pracy na tyle zdawkowo, że sięganie do przepisów Kodeksu cywilnego jest konieczne. Jako przykład można tu podać «zdawkowe» uregulowanie w Kodeksie pracy rozwiązania umowy o pracę na mocy porozumienia stron.

Z kolei zasady prawa pracy pełnią w procesie stosowania przepisów Kodeksu cywilnego funkcje eliminacyjną. Wykluczają bądź co najmniej nakazują modyfikację przepisów Kodeksu cywilnego zakwalifikowanych do zastosowania. W literaturze przedmiotu przeważa pogląd, że chodzi tu zarówno o podstawowe zasady prawa pracy wskazane w Rozdziale II Działu pierwszego Kodeksu pracy (np. zasada wolności pracy, zasada niedyskryminacji, zasada ochrony dóbr osobistych pracownika, czy zasada uprzywilejowania pracownika), jak i zasady wyprowadzone w drodze wnioskowania z istniejących unormowań (np. zasada osobistego świadczenia pracy przez pracownika, czy zasada ryzyka pracodawcy).

«Odpowiednie» stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego do stosunku pracy wiąże się z tym, że przepisy Kodeksu cywilnego mają być stosowane do innych stosunków niż te, dla których są przewidziane. Odpowiednie stosowanie może przybrać postać stosowania danego przepisu «wprost» bez żadnych modyfikacji, bądź stosowania go z modyfikacjami dostosowującymi go do specyfiki stosunku pracy jako stosunku zobowiązaniowego prawa pracy.

Katalog przepisów Kodeksu cywilnego mających zastosowanie do stosunków pracy jest dość rozbudowany. Wskazać tu wypada przykładowo na przepisy dotyczące następujących kwestii:

– dóbr osobistych pracownika. W Kodeksie pracy w zasadzie nie został ustalony zakres środków ochrony przed naruszeniem dóbr osobistych pracownika. W związku z czym należy w tym zakresie stosować art. 24 k.c. przewidujący takie środki;

– skutki czynności prawnej. Zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej przewidziane, lecz także te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego oraz z ustalonych zwyczajów;

– zasad składania oświadczeń woli. Stosownie do art. 61 k.c. oświadczenie, które ma być złożone innej osobie, uważa się za złożone, gdy osoba osoba ta ma możliwość zapoznania się z jego treścią;

– wykładni oświadczeń woli; zgodnie z art. 65 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje;

– sposobów zawarcia umowy o pracę. Spośród przewidzianych w Kodeksie cywilnym sposobów zawarcia umowy, w odniesieniu do umowy o pracę właściwy jest tryb oferty (art. 66-70 k.c.) oraz rokowań (art. 72 k.c.);

– wad oświadczenia woli., w tym w szczególności błędu i groźby (art. 84 i 87 k.c.);

– zawierania umowy o pracę przez przedstawiciela (art. 95 k.c.);

– umowy przedwstępnej (art. 389 k.c.);

– bezpodstawnego wzbogacenia (art. 405 i 410 k.c.).

Powyższe uwagi potwierdzają wstępnie wyrażoną tezę o silnych związkach normatywnych prawa pracy i prawa cywilnego wynikających z wcześniej omówionych związków genetycznych tych gałęzi prawa.

Ochrona trwałości umownego stosunku pracy w prawie polskim

1. Uwagi ogólne

Ochrona trwałości umownego stosunku pracy uregulowana została przede wszystkim w Kodeksie pracy. Jednakże jest ona także przedmiotem regulacji w ustawach szczegółowych, jak np. ustawa o związkach zawodowych, czy ustawa o społecznej inspekcji pracy. Całościowa analiza poświęconych jej przepisów pozwala wyróżnić powszechną ochronę trwałości stosunku pracy oraz ochronę szczególną.

2. Powszechna ochrona umownego stosunku pracy

Powszechna ochrona trwałości umownego stosunku pracy odnosi się do wszystkich pracowników zatrudnionych na podstawie umowy na czas nieokreślony. Jej konstrukcja oparta jest na:

- konieczności merytorycznego uzasadniania każdego wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieokreślony (art. 45 k.p.),
- konieczności konsultowania wypowiedzenia z reprezentującą pracownika zakładową organizacją związkową (art. 38 k.p.).

Konieczność merytorycznego uzasadnienia dotyczy także wypowiedzenia zmieniającego umowy zawartej na czas nieokreślony. Każda zatem zmiana warunków pracy i płacy wobec pracownika zatrudnionego na czas nieokreślony wymaga umotywowania. Należy tu przy tym poddać ocenie nie tylko powody, które doprowadziły do zastosowania przez pracodawcę wypowiedzenia zmieniającego, lecz także nowe zaproponowane warunki pracy. Muszą one bowiem być dla pracownika do przyjęcia. A zatem nie mogą w sposób znaczący odbiegać od jego kwalifikacji, na podstawie których był zatrudniony u pracodawcy. Przeciwna interpretacja pozwalałaby pozbyć się pracowników, z jakichkolwiek względów (niepotrzebnych pracodawcy czy przez niego nieakceptowanych) przez wypowiedzenie zmieniające. Nie może przeto stanowić ono formy szykanowania pracownika.

Merytorycznej zasadności wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieokreślony można poszukiwać po stronie pracodawcy (np. redukcja etatów, trudności ekonomiczne, zmiany organizacyjne). Trzeba tu jednak pamiętać, iż przywołanie powodów leżących po stronie pracodawcy prawie zawsze skutkować będzie zastosowaniem norm ochronnych ustawy z 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. Chodzi tu przede wszystkim o szczególny tryb zwolnień grupowych, o konieczność wypłaty odprawy, a także o konieczność zatrudnienia pracownika ponownie, jeżeli zostaną spełnione przesłanki z art. 9 powołanej ustawy. Z drugiej strony nie jest też tak, iż przywołanie ustawy o zwolnieniach grupowych pozwala zawsze na dowolne wypowiedzanie umów. Mylne jest bowiem stanowisko, że ustawa ta wyklucza stosowanie art. 45 k.p. Na podstawie art. 45 k.p. sąd bada bowiem prawidłowość postępowania pracodawcy w zakresie doboru pracowników przewidzianych do zwolnienia.

Powodów wypowiedzenia uzasadnionego można też poszukiwać po stronie pracownika. Mogą być nimi przykładowo: brak kwalifikacji do nowych zadań, utrata zdrowia, utrata uprawnień koniecznych do wykonywania zawodu niezawiniona przez pracownika, niedbale wykonywana praca, naruszenie podstawowych obowiązków, cofnięcie dostępu

do wiadomości stanowiących tajemnicę państwową. Wypowiedzenie umowy o pracę jest uzasadnione (art. 45 § 1 k.p.), jeżeli pracodawca miał podstawy do jej rozwiązania w trybie art. 52 § 1 k.p., czyli rozwiązania bez wypowiedzenia z winy pracownika. Zastąpienie tzw. zwolnienia dyscyplinarnego wypowiedzeniem umowy o pracę jest aprobowane zarówno w doktrynie jak i judykaturze.

Pojęcie wypowiedzenia nieuzasadnionego umowy zawartej na czas nieokreślony zostało wszechstronnie omówione w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego. Szczególne znaczenie należy przypisać uchwale pełnego składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 27 czerwca 1985 r., III PZP 10/85, wytyczne dotyczące stosowania art. 45 k.p. Stanowi bowiem ona ukoronowanie wcześniejszych dociekań Sądu Najwyższego nad treścią i znaczeniem normy prawnej art. 45 k.p. W uchwale tej przyjęto, że:

- przy wykładni określenia «nieuzasadnione wypowiedzenie» użytego w art. 45 k.p. należy kierować się zasadami ustroju i celami PRL (art. 7 k.p.). <...>;

- ocena zasadności wypowiedzenia umowy o pracę w ramach art. 45 k.p. powinna być dokonana z uwzględnieniem słuszych interesów pracodawcy oraz przymiotów pracownika związanych ze stosunkiem pracy. Inne okoliczności dotyczące pracownika, niezwiązane ze stosunkiem pracy, mogą w wyjątkowych wypadkach stanowić podstawę uznania na zasadzie art. 8 k.p., że wypowiedzenie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. <...>;

- okoliczności przemawiające za ochroną pracownika przed wypowiedzeniem uwzględnia się w stosunku do pracowników sumiennie i starannie wykonujących obowiązki pracownicze i przestrzegających dyscypliny pracy. <...>;

- dla uznania zasadności wypowiedzenia decydujące znaczenie ma rodzaj i ciężar gatunkowy przyczyny wypowiedzenia. Waga tej przyczyny może przesądzać o bezskuteczności powoływania się pracownika na okoliczności dotyczące jego interesu. <...>;

- w stosunku do pracowników na stanowiskach kierowniczych i samodzielnych należy stosować ostrzejsze kryteria oceny przyczyn uzasadniających wypowiedzenie. <...>;

- nienależyte wykonywanie obowiązków pracowniczych stanowi uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia nie tylko wtedy, gdy jest zawinione, lecz także gdy jest niezawinione przez pracownika. Jednakże jednorazowe drobne uchybienie obowiązkowi z reguły nie uzasadnia wypowiedzenia pracodawcy <...>;

- zastosowanie wobec pracownika kary porządkowej za określone przewinienie nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że uzasadnia ono wypowiedzenie umowy o pracę, jeżeli waga tego przewinienia jest znaczna. <...>;

- przyczynę wypowiedzenia mogą stanowić również okoliczności niezależne od pracownika, jeżeli przemawia za tym uzasadniony interes <...>;

- zmniejszenie stanu zatrudnienia w zakładzie pracy stanowi uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia. Organ rozpatrujący spory pracownicze nie jest powołany do badania zasadności i celowości zmniejszenia stanu zatrudnienia. Okoliczności jednak przemawiające za ochroną pracownika mogą powodować, że wypowiedzenie umowy konkretnemu pracownikowi jest nieuzasadnione lub sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. <...>;

- zasadność wypowiedzenia nie jest uzależniona od uprzedniego zaoferowania pracownikowi przez zakład pracy innej odpowiedniej pracy, którą dysponuje zakład pracy, chyba że obowiązek taki wynika z przepisu. <...>;

- przyczyna wypowiedzenia powinna być prawdziwa i konkretna. <...>;

- okoliczności uzasadniające wypowiedzenie powinny istnieć przed zawiadomieniem właściwego organu związku zawodowego o zamiarze wypowiedzenia (art. 38 § 1 k.p.), a gdy

współdziałanie ze związkiem zawodowym nie jest wymagane lub możliwe – najpóźniej w dacie złożenia pracownikowi oświadczenia woli o wypowiedzeniu. <...>;

– wypowiedzenie nie jest ograniczone terminem od ujawnienia przyczyny uzasadniającej rozwiązanie umowy. Jeżeli jednak okoliczność uzasadniająca wypowiedzenie na skutek upływu czasu stała się nieaktualna ze względu na cel wypowiedzenia, może być ono uznane za nieuzasadnione. <...>;

– wypowiedzenie warunków pracy i płacy może być uzasadnione zarówno przyczynami stanowiącymi podstawę wypowiedzenia umowy o pracę, jak i innymi przyczynami adekwatnymi do wypowiedzenia warunków pracy i płacy. Przy rozważaniu okoliczności przemawiających za ochroną pracownika należy mieć na uwadze, że w wyniku wypowiedzenia warunków pracy i płacy pracownik nie zostaje pozbawiony pracy i środków egzystencji <...>.

Ostatnio w orzecznictwie poglądy na temat istniejącej ochrony przed wypowiedzeniem umowy o pracę na czas nieokreślony ewoluują w kierunku zliberalizowania ochrony wynikającej z konieczności merytorycznego uzasadniania wypowiedzenia, szczególnie wobec osób zajmujących samodzielne stanowiska. Zasadność wypowiedzenia zaczyna być oceniana w tych przypadkach w kontekście stwierdzenia, że wypowiedzenie jest zwykłym sposobem rozwiązania stosunku pracy. Ocena wypowiedzenia jest przy tym dokonywana przy wyraźnym uwzględnieniu słuszných interesów pracodawcy oraz przymiotów pracownika związanych z pracą.

Dość często podawana jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego jako przyczyna uzasadniająca rozwiązanie stosunku pracy «utrata zaufania do pracownika», naruszenie zasad współżycia społecznego w zakładzie, źle wykonana praca, długotrwała choroba pracownika, długotrwała usprawiedliwiona nieobecność, naruszenie dyscypliny pracy, odwołanie pracownika ze stanowiska prezesa zarządu spółki akcyjnej, jeżeli nawiązanie umowy wiązało się bezpośrednio z poprzednim powołaniem go na to stanowisko.

Przyczyny uzasadniające wypowiedzenie muszą być prawdziwe. Przyczyny wypowiedzenia muszą zostać przedstawione w piśmie zawierającym oświadczenie woli pracodawcy.

Problemem niezwykle istotnym jest ustalenie, czy osiągnięcie wieku emerytalnego jest wystarczającą przesłanką wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wydaje się uzyskiwać aprobatę pogląd, w myśl którego osiągnięcie wieku emerytalnego i świadczeń emerytalnych stanowi wystarczającą podstawę wypowiedzenia. I tak, uzyskanie przez pracownika prawa do wcześniejszej emerytury może uzasadniać, zdaniem SN, wybór tego pracownika do rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem, jeżeli następuje ograniczenie zatrudnienia w wyniku połączenia dwóch stanowisk pracy. Jeszcze dalej idzie w tym kierunku wyrok SN z 21 kwietnia 1999 r., w którym czytamy, iż wypowiedzenie umowy o pracę ze względu na osiągnięcie wieku emerytalnego przez kobietę oraz uzyskanie emerytury jest uzasadnione i nie może być oceniane jako dyskryminacja pracownika ze względu na płeć. W motywach tego orzeczenia Sąd Najwyższy podkreślił, iż dyskryminacja w rozumieniu art. 113 k.p. jest bezprawna, gdy pozbawia lub ogranicza prawa pracownika, z których korzystają inni pracownicy znajdujący się w takiej samej sytuacji faktycznej lub prawnej.

Problem nie jest jednak do końca rozwiązany, a doktryna raczej zmierza do oceny, iż osiągnięcie uprawnień emerytalnych nie stanowi wystarczającego powodu zwolnienia z pracy.

Ostatnio SN wyraził pogląd, że rozwiązanie stosunku pracy za wypowiedzeniem z uwagi na osiągnięcie wieku emerytalnego może stanowić dyskryminację ze względu na płeć (chodzi o dyskryminację pośrednią – I PZP 4/08).

Kolejną kontrowersyjną kwestią jest odpowiedź na pytanie, czy usprawiedliwiona nieobecność w pracy jest przyczyną uzasadniającą wypowiedzenie?

Za ochroną pracownika opowiedział się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 28 października 1998 r. Pomimo iż potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą w sprawach długich, usprawiedliwionych nieobecności, uznał za konieczne zbadanie sprawy także z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego. Potrzeby pracodawcy powinny być jednym z elementów wpływających na ocenę zasadności wypowiedzenia, należy jednak także zatroszczyć się o interes pracownika – sumiennie, starannie i przez długi czas wykonującego pracę. Podobną opinię wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 21 stycznia 2003 r. W przypadku gdy wypowiedzenie miałoby dotyczyć pracownika z wieloletnim stażem, nienagannie wykonującego obowiązki pracownicze, mogłoby ono zostać uznane za nadużycie prawa. W powyższej sprawie SN stanął na stanowisku, że interes pracodawcy musi ustąpić interesowi pracownika. Jest to jednak dość kontrowersyjna teza. Nie można bowiem przyjmować, że w każdej sytuacji wieloletni staż pracy uchroni pracownika przed wypowiedzeniem umowy. W ten sposób pozbawilibyśmy pracodawcę możliwości zastępowania jednych pracowników innymi, którzy mogliby działać bardziej efektywnie. Z drugiej jednak strony należałoby zastanowić się nad wkładem dotychczasowego pracownika w rozwój zakładu pracy. Moim zdaniem, jeśli osoba taka przez wiele lat dobrze wykonywała swoje obowiązki, była sumienna, stale doksztalała się, to okoliczności te powinny przemawiać za jej ochroną.

Inny jeszcze problem stanowi wypowiedzenie spowodowane długotrwałą nieobecnością z powodu choroby, jeżeli pozostaje ona w związku z wypadkiem przy pracy. W wyroku z 9 lutego 1988 r. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że takie wypowiedzenie nie może zostać uznane za uzasadnione, zwłaszcza jeśli pracodawca nie postarał się pomóc pracownikowi w podjęciu pracy, która byłaby odpowiednia z uwagi na jego stan zdrowia. Jeżeli jednak – tak jak miało to miejsce w sprawie o sygnaturze akt I PKN 401/98 – pracownik, u którego stwierdzono chorobę zawodową, odmówił odbycia przeszkolenia umożliwiającego wykonywanie pracy na stanowisku niezagrażającym jego zdrowiu, to pracodawca może wypowiedzieć mu umowę o pracę z powodu częstych nieobecności.

Należy uznać, że każdy przypadek dotyczący wypowiedzenia umowy o pracę spowodowany nieobecnością pracownika powinien być indywidualnie, dokładnie zbadany przez organ orzekający. Nie ma bowiem ścisłych warunków, od których zależałoby uznanie długotrwałej absencji pracownika za uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia. Jeżeli nieobecność taka silnie uderza w cel stosunku pracy, może się zdarzyć, że okoliczność taka będzie przemawiać przeciwko wypowiedzeniu, z uwagi na jego ewentualną sprzeczność z zasadami współżycia społecznego.

W literaturze przedmiotu, a także w orzecznictwie istniał spór co do wzajemnych relacji zachodzących między klauzulą generalną «wypowiedzenia uzasadnionego» (art. 45 k.p.) i klauzulą generalną «społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa wypowiedzania umowy» (art. 8 k.p.). W konsekwencji przeważał pogląd, iż ustawodawca w art. 45 k.p. «przeniósł» społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa ze sfery nadużycia prawa do sfery naruszenia cudzego prawa. Pogląd ten nie jest do końca w nauce aprobowany, natomiast w sferze nadużycia prawa, gdy chodzi o wypowiedzenie umowy, pozostały zasady

współzycia społecznego i ich naruszenie, które nie mieści się w przesłance wypowiedzenia nieuzasadnionego. Problem nie jest jednak do końca uwidoczniiony w wypowiedziach judykatury, w związku z czym w orzeczeniach nie zawsze ocena stanu faktycznego przebiega odrębnie z punktu widzenia zasad współzycia społecznego oraz z punktu widzenia art. 45 k.p. Nadal zatem, dokonując subsumcji normy prawnej, wskazuje się często przepis art. 8 w zw. z art. 45 k.p.

Przepis art. 38 k.p. wprowadza obowiązek konsultacji zamiaru wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieokreślony z zakładową organizacją związkową. Zgodnie z tym przepisem o zamiarze wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieokreślony pracodawca zawiadamia na piśmie reprezentującą pracownika zakładową organizację związkową, podając przyczynę uzasadniającą rozwiązanie umowy. Jeżeli zakładowa organizacja związkowa uważa, że wypowiedzenie byłoby nieuzasadnione, może w ciągu 5 dni od otrzymania zawiadomienia zgłosić na piśmie umotywowane zastrzeżenia. Pracodawca podejmuje decyzję w sprawie samodzielnie.

Z przedstawionego przepisu wynika, iż obowiązek poinformowania zakładowej organizacji związkowej jest wykonany dopiero wówczas, gdy pracodawca przedstawi pisemnie zakładowej organizacji (a nie np. jej prezydium) chęć rozwiązania stosunku pracy z konkretnym pracownikiem i poda merytoryczne uzasadnienie tej decyzji. Kategoryczne wymaganie pisemnego zawiadomienia zakładowej organizacji związkowej wyklucza dopuszczalność uznania za wystarczające innych sposobów poinformowania zakładowej organizacji związkowej, np. przez udział przedstawiciela związków zawodowych w naradzie kadry kierowniczej.

Konsultacja ma być uprzednia i musi dotyczyć wszystkich pracowników, którzy są reprezentowani przez konkretny związek zawodowy.

Konsultacja ma charakter opiniodawczy. Jej wynik końcowy, tj. stanowisko związku zawodowego, nie wiąże pracodawcy, bez wątpienia jednak osłabia jego sytuację procesową w razie sporu na temat bezzasadności wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony.

Brak konsultacji powoduje, iż wypowiedzenie jest niezgodne z prawem, stąd konieczne jest ścisłe przestrzeganie przedstawionej normy prawnej.

Obowiązek istnieje tylko wtedy, gdy pracownika reprezentuje zakładowa organizacja związkowa. O tym, kiedy zakładowa organizacja związkowa reprezentuje konkretnego pracownika, rozstrzyga art. 30 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych. W myśl tego przepisu o reprezentacji można mówić tylko wtedy, gdy pracownik należy do związku zawodowego albo gdy, nie będąc członkiem związku zawodowego, wybrana przez niego organizacja związkowa wyrazi zgodę na obronę jego praw pracowniczych. Warunkiem dodatkowym jest tu obowiązek pracodawcy zwrócenia się do organizacji związkowej o informacje o pracownikach korzystających z jej ochrony. Organizacja związkowa musi zatem sama wskazać pracowników korzystających z jej obrony. Nieudzielenie natomiast tej informacji w ciągu pięciu dni zwalnia pracodawcę od obowiązku współdziałania z zakładową organizacją związkową w sprawach dotyczących tych pracowników. Z korelacji art. 30 ustawy o związkach zawodowych i komentowanego przepisu wynika zatem, iż pracodawca nie musi zawiadamiać organizacji związkowej o zamiarze wypowiedzenia umowy o pracę, jeśli ta nie podała informacji o pracownikach objętych przez nią ochroną w sprawach indywidualnych. Reguła ta dotyczy zarówno pracodawcy, u którego działa jedna organizacja związkowa, jak i pracodawcy, w którego zakładzie funkcjonuje więcej związków zawodowych.

O tym, która organizacja związkowa ma status zakładowej organizacji związkowej, decyduje art. 251 ustawy o związkach zawodowych.

Aktualnie konsultacja nie ma charakteru powszechnego i bezwarunkowego w tym sensie, iż uzależniona jest od istnienia związków zawodowych w zakładzie i od faktu objęcia pracownika ochroną konkretnego związku – czy to przez przynależność do organizacji związkowej, czy też przez wystąpienie o obronę indywidualnych praw pracowniczych.

Jeśli pracownicy są objęci ochroną związku zawodowego, wówczas konsultacja z zakładową organizacją związkową wypowiedzenia umowy zawartej na czas nieokreślony jest obligatoryjna w tym sensie, iż musi być dokonana zawsze. Wyjątek stanowi tu sytuacja przeprowadzania zwolnień grupowych przy zawartym ze związkami zawodowymi porozumieniu o sposobie dokonywanych redukcji.

Konsultacja z zakładową organizacją związkową powinna być uprzednia, tj. oświadczenie woli o wypowiedzeniu umowy o pracę może być złożone pracownikowi dopiero po zrealizowaniu trybu konsultacji. Z istoty i celu konsultacyjnej kontroli związkowej wypowiedzeń wynika zatem, że do czasu wyczerpania trybu konsultacji pracodawca nie może złożyć oświadczenia o wypowiedzeniu umowy o pracę. Podmiot zatrudniający ma zatem obowiązek wstrzymać się z ostateczną decyzją w tym przedmiocie przez pięć dni od daty zawiadomienia rady zakładowej, a jeżeli rada w ciągu tego okresu zgłosi zastrzeżenia – do czasu zajęcia stanowiska przez przewodniczącego instancji nadrzędnej nad radą zakładową lub upływu pięciu dni od daty przedstawienia mu sprawy. Wcześniejsze wypowiedzenie narusza tryb przewidziany w art. 38 k.p., a w konsekwencji uzasadnia uznanie wypowiedzenia za bezskuteczne, zgodnie z dyspozycją zawartą w art. 45 k.p.

3. Szczególna ochrona trwałości umownego stosunku pracy

Poza powszechną ochroną pracowników przed nieuzasadnionym wypowiedzeniem umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony przepisy prawa pracy wprowadzają w stosunku do pracowników znajdujących się w szczególnej sytuacji życiowej oraz pracowników pełniących określone funkcje społeczne lub publiczne dalej idącą ochronę trwałości ich stosunku pracy.

Ochrona ta obejmuje m.in.:

- osoby, którym brakuje 4 lat do osiągnięcia wieku emerytalnego, jeżeli z tym wiekiem nabędą one uprawnienia emerytalne (art. 39 k.p.),
- osoby przebywające na urloпах, a także w czasie innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy (art. 41 k.p.),
- kobiety w ciąży lub w czasie urlopu macierzyńskiego (art. 177 k.p.),
- kobiety korzystające z urlopu wychowawczego (art. 1861 k.p.),
- osoby powołane do czynnej służby wojskowej (art. 118 ustawy z 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej),
- pracowników wskazanych uchwałą zarządu związku zawodowego (art. 32 ustawy z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych),
- członków specjalnego zespołu negocyjacyjnego lub europejskiej rady zakładowej (art. 37 ustawy z 5 kwietnia 2002 r. o europejskich radach zakładowych),
- członków specjalnego zespołu negocyjacyjnego, organu przedstawicielskiego lub przedstawicieli pracowników w spółdzielni europejskiej (ustawa o spółdzielni europejskiej z 22 lipca 2006 r.),
- członków rady pracowników (art. 17 ustawy z 7 kwietnia 2006 r. o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji),

- członków rady pracowniczej przedsiębiorstwa państwowego (art. 6 ustawy z 25 września 1981 r. o samorządzie załogi przedsiębiorstwa państwowego),
- pracowników spółki będących członkami jej rady nadzorczej w okresie trwania kadencji rady oraz w okresie roku po zakończeniu kadencji jednoosobowych spółek Skarbu Państwa lub gminy (art. 15 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji),
- społecznych inspektorów pracy (art. 13 ustawy z 24 czerwca 1983 r. o społecznej inspekcji pracy),
- posłów i senatorów (art. 29, art. 31 ust. 2 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora),
- radnych (art. 25 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym).

Ochrona ta polega na wprowadzeniu:

- zakazu wypowiedzenia,
- bezwzględnego bądź względnego zakazu wypowiedzenia i rozwiązania stosunku pracy.

Jak wynika z przedstawionego zestawienia, konstrukcja zakazu wypowiedzenia, jaką operuje ustawodawca, może być węższa i szersza (bardziej ochronna dla pracownika). Zakaz wypowiedzenia „szerszy” obejmuje zakaz złożenia oświadczenia woli o wypowiedzeniu w okresie ochronnym oraz zakaz rozwiązania umowy w owym okresie ochronnym, jeśli wypowiedzenie było złożone jeszcze wcześniej.

Zakaz wypowiedzenia o zasięgu «węższym» oznacza jedynie zakaz złożenia oświadczenia woli w okresie ochronnym, nie uniemożliwia natomiast rozwiązania stosunku pracy w okresie ochronnym, jeśli wypowiedzenie było złożone wcześniej.

4. Modyfikacja szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy w przypadku zwolnień z przyczyn niedotyczących pracownika

Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy polegająca na ograniczeniach w prawie do wypowiedzania lub rozwiązywania stosunku pracy doznaje znacznych modyfikacji przy zwolnieniach pracowników z przyczyn niedotyczących pracownika.

Trzeba mocno zaakcentować, iż przysługująca pracodawcy swoboda dokonywania zmian organizacyjnych nie może być wykorzystywana w celu obejścia przepisów o szczególnej ochronie trwałości stosunku pracy.

Przy rozwiązywaniu z pracownikami stosunków pracy za wypowiedzeniem w ramach tzw. zwolnień grupowych ochrona przed wypowiedzeniem obejmuje jedynie:

- osoby przebywające na urloпах do 3 miesięcy,
- osoby nieobecne w pracy z powodów usprawiedliwionych, jeżeli nie upłynął jeszcze okres uprawniający pracodawcę do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia.

Przy zwolnieniach grupowych uchylona zostaje ochrona przed wypowiedzeniem definitywnym pracownika, z wyłączeniem ochrony przewidzianej dla pracownika:

- o którym mowa w art. 39 i 177 k.p.,
- będącego członkiem rady pracowniczej przedsiębiorstwa państwowego,
- będącego członkiem zarządu zakładowej organizacji związkowej,
- będącego członkiem zakładowej organizacji związkowej, upoważnionego do reprezentowania tej organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy,
- będącego członkiem specjalnego zespołu negocjacyjnego lub europejskiej rady zakładowej,
- będącego członkiem specjalnego zespołu negocjacyjnego, organu przedstawicielskiego lub przedstawicielem pracowników w spółce europejskiej,

- będącego członkiem specjalnego zespołu negocyjacyjnego, organu przedstawicielskiego lub przedstawicielem pracowników w spółdzielni europejskiej,
- będącego członkiem rad pracowników, o których mowa w ustawie z 27 kwietnia 2006 r. o informowaniu pracowników i przeprowadzaniu z nimi konsultacji,
- będącego społecznym inspektorem pracy,
- powołanego do odbycia czynnej służby wojskowej, służby zastępczej, zasadniczej służby wojskowej albo przeszkolenia wojskowego.

Wobec tych osób możliwe jest dokonanie wypowiedzenia zmieniającego. Jeżeli wypowiedzenie warunków pracy i płacy powoduje obniżenie wynagrodzenia, pracownikom, o których tu mowa, przysługuje, do końca okresu, w którym korzystałoby ze szczególnej ochrony przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem stosunku pracy, dodatek wyrównawczy obliczony według zasad wynikających z Kodeksu pracy.

Również przy zwolnieniach indywidualnych z przyczyn nie dotyczących pracownika pewne zakazy i ograniczenia prawa wypowiedzania doznają modyfikacji. I tak:

- wobec osób, o których mowa w art. 41 k.p., wypowiedzenie definitywne w ramach zwolnienia indywidualnego z przyczyn nie dotyczących pracownika jest możliwe w sytuacji, gdy urlop trwa co najmniej 3 miesiące, a także w czasie innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy pracownika, jeżeli upłynął już okres uprawniający pracodawcę do rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia. Można wobec tych osób dokonać wypowiedzenia zmieniającego;

- wobec osób wymienionych enumeratywnie jako tych, których przy zwolnieniach grupowych nie można zwolnić, a jedynie zmienić ich warunki pracy, możliwe jest wypowiedzenie zmieniające z zachowaniem prawa do dodatku wyrównawczego;

- wobec pracowników, w stosunku do których obowiązuje ochrona z mocy przepisu szczególnego, a niewymienionych enumeratywnie w pkt 34 powyżej niniejszego podręcznika, dopuszczalne jest wypowiedzenie definitywne pod warunkiem niezgłoszenia sprzeciwu przez zakładową organizację związkową w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia o zamierzonym wypowiedzeniu;

- wobec posłów, senatorów, radnych nie jest możliwe wypowiedzenie lub rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn nie dotyczących pracodawcy bez zgody właściwego organu. Ochrona ta nie przysługuje w sytuacji dokonywania zwolnień grupowych (art. 5 ust. 1 ustawy z 13 marca 2003 r. dotyczącej zwolnień grupowych).

Wypowiedzenie indywidualne z przyczyn nie dotyczących pracownika:

- wymaga konsultacji w trybie art. 38 k.p.,
- uprawnia do wypowiedzenia umów terminowych za dwutygodniowym okresem wypowiedzenia,
- nie uprawnia do ponownego nawiązania stosunku pracy.

Wypowiedzenie zmieniające dokonane wobec osób chronionych przed zwolnieniem daje im prawo do dodatku wyrównawczego przez 6 miesięcy.

5. Studium jednego przypadku – szczególna ochrona stosunku pracy działaczy związkowych

Kwestią podstawową jest ustalenie kręgu osób chronionych. W pierwszej kolejności rozważmy ten krąg w odniesieniu do zakładowej organizacji związkowej. W odróżnieniu od poprzedniej regulacji prawnej obecnie chroniony działacz nie musi być członkiem organu zakładowej organizacji związkowej. Ze znowelizowanego art. 32 ust. 1 u.z.z. wynika, iż jako chroniony może być wskazany członek zarządu zakładowej organizacji

związkowej lub «inny pracownik będący członkiem danej zakładowej organizacji związkowej, upoważniony do reprezentowania tej organizacji wobec pracodawcy albo organu lub osoby dokonującej za pracodawcę czynności z zakresu prawa pracy». Z przytoczonego sformułowania ustawowego wynika, że wskazanym może być nie każdy «niefunkcyjny» członek związku, lecz tylko ten, który jest «upoważniony do reprezentowania» związku. W tym miejscu powstaje pytanie, jak rozumieć charakter i zakres owego «upoważnienia do reprezentowania».

Wydaje się, iż takiego pracownika przyrównać można do pełnomocnika zakładowej organizacji związkowej działającego w jej imieniu i na jej rzecz. Źródłem owego upoważnienia powinna być uchwała zarządu związku; może ono charakter ogólny albo dotyczyć określonej sfery spraw; może mieć charakter indywidualny, gdy dany pracownik może samodzielnie reprezentować organizację związkową, albo też łączny, gdy do skutecznej reprezentacji potrzebne jest działanie dwóch lub większej liczby osób. Przykładowo taką osobą może być przewodniczący oddziałowej organizacji związkowej, który został upoważniony do reprezentowania wobec pracodawcy członków związku i objętych ochroną osób niezrzeszonych pracujących w jednej z placówek zatrudnienia należących do pracodawcy. Choć przepisy ustawy o związkach zawodowych nie wymagają przedstawienia pracodawcy uchwały określającej zakres umocowania pracownika nie będącego członkiem zarządu związku do reprezentowania go, to jednak jest to ze wszelkich miar celowe; w przeciwnym razie pracodawca ma podstawy uznać, iż taki pracownik jest umocowany do samodzielnego reprezentowania zakładowej organizacji związkowej we wszystkich sprawach.

O liczbie chronionych działaczy związkowych w pierwszej kolejności przesądza okoliczność, czy zakładowa organizacja związkowa jest reprezentatywna w rozumieniu art. 24125a k.p., czy też nie. Przypomnijmy, iż w świetle tego artykułu kodeksowego reprezentatywną zakładową organizacją związkową jest organizacja:

- która uczestniczy w ponadzakładowej organizacji związkowej zrzeszającej co najmniej pięćset tysięcy pracowników, jeżeli zrzesza co najmniej 7% pracowników danego zakładu pracy (pracodawcy), lub,
- która zrzesza co najmniej 10% pracowników danego zakładu pracy (pracodawcy), albo,
- jeżeli żadna z zakładowych organizacji związkowych nie spełnia powyższych wymogów – która zrzesza największą liczbę pracowników danego zakładu pracy (pracodawcy).

W przypadku reprezentatywnej organizacji związkowej wyróżnić można dwa sposoby ustalania liczby chronionych działaczy związkowych. Stosownie art. 32 ust. 3 u.z.z. szczególną ochroną trwałości stosunku pracy objęta być może liczba pracowników równa liczbie osób stanowiących kadrę kierowniczą w zakładzie pracy (u pracodawcy); zgodnie z ust. 5 tego artykułu. kadrę kierowniczą w zakładzie pracy (u pracodawcy) stanowią osoby:

- osoby jednoosobowo kierujące zakładem pracy i ich zastępcy albo
- osoby wchodzące w skład kolegiального organu zarządzającego zakładem pracy,
- a także inne osoby wyznaczone do dokonywania za pracodawcę czynności w sprawach z zakresu prawa pracy.

O ile identyfikacja pierwszej i drugiej grupy osób stanowiących kadrę kierowniczą nie powinna sprawiać żadnych problemów, o tyle mogą powstawać wątpliwości odnośnie trzeciej kategorii osób. Aby je wyjaśnić odwołać się należy do art. 31 k.p., który w § 1

stanowi, iż za pracodawcę będącego jednostką organizacyjną czynności z zakresu prawa pracy dokonuje osoba lub organ zarządzający tą jednostką, albo inna wyznaczona do tego osoba (podkr. – *K.R.*). Stosownie do § 2 ww. artykułu regułę tę stosuje się odpowiednio do pracodawcy będącego osobą fizyczną, jeżeli nie dokonuje on osobiście czynności z zakresu prawa pracy. Wyznaczenie osoby do dokonywania za pracodawcę czynności z zakresu prawa pracy może być dokonane bądź w przepisie prawa, bądź w statucie danej osoby prawnej albo innym akcie ustrojowym jednostki organizacyjnej będącej pracodawcą, wreszcie może być następstwem udzielenia danej osobie pełnomocnictwa. Zakres reprezentacji danej osoby do dokonywania czynności z zakresu prawa pracy rozumieć należy szeroko; obejmuje on zarówno czynności prawne, jak i inne działania powodujące skutki prawne zarówno w sferze indywidualnego, jak i zbiorowego prawa pracy. Owo wyznaczenie może mieć charakter ogólny do dokonywania wszelkich czynności z zakresu prawa pracy lub rodzajowy; może dotyczyć ogółu pracowników lub określonej ich grupy.

Zgodnie z § 1 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 16 czerwca 2003 r. w sprawie powiadamiania przez pracodawcę zarządu zakładowej organizacji związkowej o liczbie osób stanowiących kadrę kierowniczą w zakładzie pracy oraz wskazywania przez zarząd oraz komitet założycielski zakładowej organizacji związkowej pracowników, których stosunek pracy podlega ochronie, a także dokonywania zmian w takim wskazaniu (Dz. U. Nr 108, poz. 1013) na pracodawcy ciąży obowiązek powiadomienia zarządu zakładowej organizacji związkowej o liczbie osób stanowiących kadrę kierowniczą w ciągu 7 dni od otrzymania pisemnego żądania zarządu związku.

Alternatywny sposób ustalania liczby chronionych działaczy reprezentatywnej zakładowej organizacji związkowej określa art. 32 ust. 4 u.z.z., który uzależnia tę liczbę od liczby członków związku będących pracownikami. Zakładowa organizacja związkowa zrzeszająca do 20 pracowników ma prawo wskazać 2 pracowników podlegających ochronie. Liczniejszy związek ma prawo wskazać jako podlegających ochronie dodatkowo:

- po jednym pracowniku na każde rozpoczęte 10 członków tej organizacji będących pracownikami w przedziale od 20 do 50 tych członków, czyli przy 50-cioosobowej organizacji maksymalnie można wskazać 5 osób;

- po jednym pracowniku na każde rozpoczęte 20 członków będących pracownikami, w przedziale od 51 do 150 członków, czyli przy 150-cioosobowej organizacji maksymalnie można wskazać 10 osób;

- po jednym pracowniku na każde rozpoczęte 30 członków będących pracownikami, w przedziale od 151 do 300 członków, czyli przy 300-stuosobowej organizacji maksymalnie można wskazać 15 osób;

- po jednym pracowniku na każde rozpoczęte 40 członków będących pracownikami, w przedziale od 301 do 500 członków, czyli przy 500-stuosobowej organizacji maksymalnie można wskazać 20 osób;

- po jednym pracowniku na każde rozpoczęte 50 członków organizacji będących pracownikami, w przedziale powyżej 500 członków, czyli w organizacji zrzeszającej np. 1000 osób maksymalnie można wskazać 30 osób.

O wyborze jednej z omówionych wyżej metod ustalania liczby chronionych działaczy związkowych decyduje autonomicznie zarząd zakładowej organizacji związkowej.

Jeżeli związek nie jest reprezentatywny w rozumieniu art. 24125a k.p., to, stosownie do art. 32 ust. 6 u.z.z., ochrona przysługuje tylko jednemu wskazanemu przez jego zarząd, pracownikowi.

W szczególności sposób unormowano krąg chronionych działaczy międzyzakładowej organizacji związkowej, a więc organizacji obejmującej zakresem swego działania więcej niż jednego pracodawcę. Problematyce tej w pierwszej kolejności poświęcony jest art. 342 u.z.z. Przepisy tego artykułu odrębnie regulują problematykę ochrony szczególnej trwałości stosunku pracy w przypadku:

- międzyzakładowej organizacji związkowej, która w co najmniej jednym zakładzie pracy (u jednego pracodawcy) objętym jej działaniem zrzesza pracowników w liczbie umożliwiającej uzyskanie statusu organizacji reprezentatywnej w rozumieniu art. 24125a k.p.

- międzyzakładowej organizacji związkowej, która w żadnym zakładzie pracy (u żadnego pracodawcy) objętym jej działaniem nie zrzesza pracowników w liczbie umożliwiającej uzyskanie statusu organizacji reprezentatywnej w rozumieniu art. 24125a k.p.

Z pierwszą sytuacją będziemy mieli do czynienia w przypadku, gdy liczba członków międzyzakładowej organizacji związkowej u jednego z pracodawców objętych statutowym zakresem jej działania osiągnie poziom określony w art. 24125a k.p. Innymi słowy, gdyby członkowie tej organizacji chcieli u tego pracodawcy utworzyć zakładową organizację związkową byłaby ona organizacją reprezentatywną w rozumieniu art. 24125a k.p. W takiej sytuacji zarząd takiej międzyzakładowej organizacji związkowej może wskazać jako objętych szczególną ochroną trwałości stosunku pracy pracowników:

- w liczbie ustalonej zgodnie z art. 32 ust. 3 albo 4 u.z.z. lub

- w liczbie ustalonej zgodnie z art. 32 ust. 2 albo 3 u.z.z. w jednym zakładzie pracy (u jednego pracodawcy) wskazanym przez tę organizację spośród zakładów pracy (pracodawców) objętych jej działaniem, w którym ta organizacja zrzesza pracowników w liczbie umożliwiającej uzyskanie statusu organizacji reprezentatywnej w rozumieniu art. 24125a k.p., powiększonej o liczbę pozostałych zakładów pracy (pracodawców) objętych statutowym zakresem działania danej organizacji, w których jest zatrudnionych co najmniej 10 pracowników będących jej członkami.

W drugiej sytuacji liczba pracowników objętych szczególną ochroną trwałości stosunku pracy nie może przekraczać liczby zakładów pracy (pracodawców) objętych statutowym zakresem działania międzyzakładowej organizacji związkowej, w których jest zatrudnionych co najmniej 10 pracowników będących jej członkami.

Na tle regulacji ochrony działaczy międzyzakładowej organizacji związkowej powstaje wątpliwość co do kręgu osób stanowiących kadrę kierowniczą jako punkt odniesienia dla ustalenia liczby działaczy członków takiego związku objętych wzmożoną ochroną trwałości stosunku pracy. Z analizy porównawczej punktu 1 i 2 ust. 1 art. 342 u.z.z. wynika, iż liczbę osób stanowiących kadrę kierowniczą ustala się łącznie dla wszystkich zakładów pracy (pracodawców) objętych statutowym zakresem działania międzyzakładowej organizacji związkowej. W art. 342 ust. 1 pkt 2 u.z.z. wyraźnie się wskazuje jako alternatywę dla liczby osób ustalanych stosownie do punktu 1 ust. 1 tego artykułu liczbę osób ustalonych zgodnie z art. 34 ust. 3 u.z.z. w jednym zakładzie pracy (u jednego pracodawcy) wskazanym przez międzyzakładową organizację związkową uzupełniając ją o liczbę pozostałych zakładów pracy objętych działaniem tej organizacji, w których jest zatrudnionych co najmniej 10 pracowników będących jej członkami. Skoro więc sposób ustalania liczby chronionych działaczy związkowych określony w art. 342 ust. 1 pkt 2 u.z.z. jest alternatywny wobec sposobu określonego w punkcie 1 ust. 1 tego artykułu, to może to oznaczać tylko to, że liczbę osób stanowiącą kadrę kierowniczą uwzględnianą przy ustalaniu liczby chronionych działaczy związkowych stosownie do art. 342 ust. 1 pkt 1 u.z.z. określa się

łącznie dla wszystkich zakładów pracy (pracodawców) objętych statutowym zakresem międzyzakładowej organizacji związkowej; w przepisie tym nie stanowi się o liczbie kadry kierowniczej w jednym – wybranym zakładzie pracy (u jednego pracodawcy), lecz ogólnie odwołuje się on do sposobu ustalania liczby chronionych działaczy związkowych określonym w art. 32 ust. 3 u.z.z.

W tym miejscu dodatkowo wskazać należy, iż w liczbie osób stanowiących kadrę kierowniczą uwzględnia się tylko te zakłady pracy (pracodawców), w których międzyzakładowa organizacja związkowa ma swoich członków. Jeżeli w zakładzie pracy (u pracodawcy) objętym statutowym zakresem działania takiej organizacji nie są zatrudnieni pracownicy będący jej członkami, to w liczbie osób łącznie stanowiących kadrę kierowniczą nie uwzględnia się osób stanowiących tę kadrę w tym zakładzie pracy (u tego pracodawcy).

Jak już wcześniej wskazano, zgodnie z art. 32 ust. 4 u.z.z. liczba działaczy związkowych objętych szczególną ochroną trwałości stosunku pracy uzależniona może być także od liczby członków związku będących pracownikami. Uznać należy, iż w przypadku międzyzakładowej organizacji związkowej będzie to łączna liczba pracowników zrzeszonych w tym związku w zakładach pracy (u pracodawców) objętych statutowym zakresem jego działania, chyba że zastosowany będzie sposób ustalania liczby chronionych działaczy związkowych określony w art. 342 ust. 1 pkt 2 u.z.z.. Wówczas uwzględniać należy liczbę pracowników – członków międzyzakładowej organizacji związkowej w jednym zakładzie pracy (u jednego pracodawcy) wskazanym przez związek, w którym zrzesza on liczbę pracowników w liczbie wymaganej do uzyskania statusu organizacji reprezentatywnej w rozumieniu art. 24125a k.p. Ustalona w oparciu o tę liczbę pracowników – członków związku liczba chronionych działaczy międzyzakładowej organizacji związkowej ulegałaby zwiększeniu o liczbę pozostałych zakładów pracy objętych działaniem tej organizacji, w których jest zatrudnionych co najmniej 10 pracowników będących jej członkami.

Ochrona stosunku pracy działacza związkowego trwa przez okres przewidziany w uchwale zarządu organizacji związkowej wskazującej osobę podlegającą tej ochronie, a po jego upływie przez okres odpowiadający połowie okresu określonego uchwałą, nie dłużej niż przez rok po jego upływie (por. art. 32 ust. 2 u.z.z.). W tym miejscu wskazać jednak wypada, iż uchwałą zarządu związku wskazująca osobę podlegającą szczególnej ochronie oraz czas trwania tej ochrony może być w każdym czasie zmieniona. To, że wyjątkowo w uchwale wskazano np. dwuletni okres nie oznacza, iż jest on bezwzględnie wiążący. Zarząd organizacji związkowej w każdym czasie może okres ten skrócić albo wydłużyć. Potwierdzenie tego stanowiska znajdujemy w § 2 ust. 2 powołanego wcześniej rozporządzenia MGPIPS z dnia 16 czerwca 2003 r., który nakłada na zarząd związku obowiązek powiadomienia pracodawcy o zmianach we wskazaniu dotyczącym chronionych działaczy związkowych.

Szczegółnej ochronie trwałości stosunku pracy podlegają także, stosownie do art. 32 ust. 7 u.z.z., członkowie komitetu założycielskiego zakładowej organizacji związkowej, przez okres 6 miesięcy od dnia utworzenia komitetu założycielskiego takiej organizacji, z tym że w odróżnieniu od poprzedniego stanu prawnego obecnie ochrona ta przysługuje nie wszystkim członkom tego komitetu, lecz nie więcej niż 3 pracownikom wskazanym uchwałą komitetu założycielskiego.

Jeżeli zarząd organizacji związkowej nie wskaże pracodawcy pracownika, bądź pracowników podlegających szczególnej ochronie trwałości stosunku pracy, to, w myśl art. 32 ust. 8 u.z.z., ochronie takiej podlega tylko przewodniczący organizacji związkowej lub komitetu założycielskiego.

Krzysztof Raczka,
Prof. UW DR HAB

Źródła prawa pracy

Problematyka źródeł polskiego prawa pracy w pierwszej kolejności unormowana jest w Konstytucji RP, przede wszystkim w jej rozdziale III zatytułowanym «Źródła prawa», a następnie w Kodeksie pracy w art. 9, 91, 104–104³ oraz art. 238–241³⁰, a także w ustawach odrębnych, np. W ustawie z 23 maja 1991 r. O związkach zawodowych.

1. Ogólna charakterystyka źródeł prawa pracy

«Źródło prawa» jest w teorii prawa pojęciem wieloznacznym. Na potrzeby dalszych rozważań będzie ono rozumiane jako sformalizowany akt władzy państwowej zawierający w swej treści materiał niezbędny do tworzenia norm prawnych. Analizowane więc będą akty stanowiące «źródło pochodzenia prawa» pracy (*fontes iuris oriundi*)¹.

Jedną ze specyficznych cech prawa pracy jest to, że na system źródeł prawnej regulacji stosunków społecznych stanowiących jego przedmiot składają się nie tylko powszechne, konstytucyjne akty normatywne, czyli Konstytucja RP, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia (por. art. 87 Konstytucji RP), lecz także akty specyficzne dla tej gałęzi prawa, czyli układy zbiorowe pracy i inne, oparte na ustawie, porozumienia zbiorowe, a także regulaminy i statuty (por. art. 9 § 1 k.p.). Na system źródeł prawa pracy składają się także akty prawa wspólnotowego – pierwotnego i wtórnego.

Artykuł 9 k.p. za źródła prawa pracy uznaje tylko te akty normatywne, które regulują prawa i obowiązki pracowników i pracodawców. Dosłowne rozumienie tego artykułu drastycznie ograniczałoby przedmiot prawa pracy tylko do indywidualnych stosunków pracy, stanowiących wprawdzie trzon tej gałęzi prawa, ale niewyczerpujących powszechnie uznawanego jej zakresu, albowiem eliminowałoby z jego zakresu przedmiotowego rozległą sferę stosunków towarzyszących indywidualnemu stosunkowi pracy. Chodzi tu o stosunki: przygotowujące nawiązanie stosunku pracy, pomiędzy pracodawcą i związkami zawodowymi, pomiędzy organizacjami pracodawców i związkami zawodowymi, partycypacji pracowniczej, kontroli i nadzoru nad warunkami pracy oraz związane z rozwiązywaniem indywidualnych i zbiorowych sporów. Należy jednak uznać, iż w art. 9 mamy do czynienia z daleko idącym uproszczeniem. Ustawodawca skoncentrował się w nim na zasadniczym przedmiocie prawa pracy, czyli na relacjach między pracownikami i pracodawcami, co w żadnym wypadku nie dezaktualizuje istniejącego konsensusu co do przedmiotu tej gałęzi prawa. Ustawodawca uznaje za przedmiot prawa pracy nie tylko relacje pomiędzy pracownikami i pracodawcami, a świadczą o tym choćby dalsze przepisy Kodeksu pracy (por. art. 181–183 i 184–185 oraz art. 93).

Na tle art. 9 § 1 powstają i inne wątpliwości; po pierwsze, powstaje pytanie, czy wszystkie wskazane w nim akty mogą być uznane za źródła prawa w ujęciu konstytucyjnym; po drugie zaś, czy ustalony w nim katalog źródeł prawa pracy ma charakter wyczerpujący.

Konfrontując art. 9 § 1 z przepisami rozdziału III Konstytucji RP «Źródła prawa», nie ulega wątpliwości, iż konstytucyjnymi źródłami prawa pracy są ustawy i rozporządzenia

¹ *Opalek K., Wróblewski J. Zagadnienia teorii prawa. Warszawa, 1969. S. 212.*

wykonawcze do nich, powstają natomiast wątpliwości co do konstytucyjnego umocowania układów zbiorowych pracy, regulaminów i statutów. Żaden z tych aktów nie został bowiem wymieniony w przepisach wspomnianego rozdziału ustawy zasadniczej. W literaturze przedmiotu słusznie, moim zdaniem, wskazuje się, iż katalog źródeł prawa zamieszczony w rozdziale III Konstytucji RP nie ma charakteru wyczerpującego, nie zostały bowiem w nim uwzględnione rozporządzenia Prezydenta RP z mocą ustawy wydawane w czasie stanu wojennego (por. art. 234 Konstytucji RP), a skoro tak, to uzasadnione jest poszukiwanie wśród przepisów Konstytucji RP podstawy do ustanawiania aktów wymienionych w art. 9 § 1. Za taki przepis należy uznać jej art. 59 ust. 2, w myśl którego związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień (por. *Sanetra W. Źródła prawa pracy w świetle Konstytucji RP // Źródła prawa pracy / red. L. Florek. Warszawa, 2000. S. 11*). Wprawdzie Konstytucja nie rozstrzyga wprost charakteru układów zbiorowych pracy i porozumień zbiorowych, ale to właśnie ich normatywny charakter został potwierdzony w art. 9 § 1.

Wypada w tym miejscu zwrócić uwagę, iż art. 59 ust. 2 Konstytucji RP stanowi ogólnie o porozumieniach zbiorowych, nie różnicując ich w zależności od tego, czy mają one oparcie w ustawie czy też nie, dlatego też można mieć wątpliwości co do konstytucyjności unormowania kodeksowego przyznającego normatywny charakter tylko porozumieniom zbiorowym opartym na ustawie.

W ustawie zasadniczej brak jest natomiast «zakotwiczenia» dla regulaminów i statutów, dlatego też trudno jest je uznać za źródła prawa w znaczeniu konstytucyjnym. Okoliczność ta nie uniemożliwia jednak uznawania regulaminów i statutów za szczególne źródło prawa pracy o charakterze prawa korporacyjnego. W Konstytucji RP brak jest unormowań, które eliminowałyby możliwość przyznawania w ustawach kompetencji do tworzenia wewnętrznych aktów prawnych przez korporacje do regulowania stosunków prawnych występujących w tych korporacjach (por. *Skoczyński J. Regulamin pracy // Źródła prawa pracy / red. L. Florek. Warszawa, 2000. S. 153 i n.*).

Prima facie mogłoby się wydawać, iż art. 9 § 1 zawiera wyczerpujący katalog źródeł prawa pracy, tymczasem tak nie jest, zgodnie bowiem z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP źródłami powszechnego prawa, a więc także i prawa pracy, są ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe (por. art. 87 ust. 1 Konstytucji RP).

Z art. 9 § 2 k.p. wynika nadrzędność ustaw i aktów wykonawczych do nich nad specyficznymi aktami prawa pracy, co oznacza, iż postanowienia zawarte w układach zbiorowych pracy, innych porozumieniach opartych na ustawie, regulaminach i statutach nie mogą być mniej korzystne dla pracownika niż przepisy prawa pracy. W przeciwnym razie są one z mocy prawa nieważne, a w ich miejsce wchodzi odpowiednie przepisy ustaw lub aktów wykonawczych. Z kolei § 3 art. 9 k.p. ustanawia pewne zależności pomiędzy specyficznymi źródłami prawa pracy. Wynika z niego nadrzędność układów zbiorowych pracy i innych porozumień układowych nad regulaminami i statutami, które nie mogą być mniej korzystne dla pracowników niż postanowienia porozumień zbiorowych. Wreszcie w myśl art. 241²⁶ § 1 k.p. postanowienia zakładowego układu zbiorowego pracy nie mogą być dla pracowników mniej korzystne niż postanowienia obejmującego ich układu ponadzakładowego. § 2 i 3 art. 9 k.p. nie normują jednak hierarchicznego stosunku pomiędzy zakładowymi układami zbiorowymi pracy i innymi zakładowymi porozumieniami zbiorowymi opartymi na ustawie oraz pomiędzy regulaminami i statutami zakładowymi. Uznać więc należy, iż są to akty

równorzędne, co oznacza, iż w razie kolizji pomiędzy unormowaniami zawartymi w nich zastosowanie ma reguła *lex posteriori derogat legi priori*, a nie zasada uprzywilejowania pracowników, dająca pierwszeństwo rozwiązaniom dla nich korzystniejszym.

Zachowanie określonego wyżej układu hierarchicznego aktów normatywnych prawa pracy determinuje pierwszeństwo stosowania norm wynikających z aktów niższego rzędu przed normami wyprowadzanymi z aktów wyższego rzędu.

2. Konstytucja

Konstytucja RP zawiera liczne przepisy odnoszące się zarówno do indywidualnych, jak i zbiorowych stosunków pracy. W pierwszej kolejności wskazać jednak należy, iż zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy zasadniczej jej przepisy stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej. Konstytucja jest więc najwyższym aktem normatywnym w sferze prawa pracy.

Analizując przepisy Konstytucji z punktu widzenia prawa pracy, stwierdzić można, iż po pierwsze, zawiera ona unormowania określające ramy ustroju pracy w Polsce; po drugie zaś, gwarantuje podstawowe prawa i wolności podmiotom indywidualnych i zbiorowych stosunków pracy.

Przepisami o charakterze ustrojowym są: art. 2 stanowiący, że Rzeczpospolita Polska jest państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej; art. 20, który statuuje model społecznej gospodarki rynkowej, opartej na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych; art. 24 ustanawiający zasadę ochrony pracy; art. 30, który stanowi o przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka; art. 31 ust. 1 stanowiący o wolności człowieka; art. 32 ustanawiający zasadę równości ludzi wobec prawa i niedyskryminacji; art. 33, który statuuje zasadę równych praw kobiet i mężczyzn.

Z kolei indywidualnych stosunków pracy dotyczą: art. 65 ust. 1 i 2 ustanawiający zasadę wolności pracy; art. 65 ust. 3 wprowadzający zakaz stałego zatrudniania dzieci do lat 16; art. 65 ust. 4 ustanawiający kategorię minimalnego wynagrodzenia; art. 66 ust. 1 przyznający pracownikom prawo do bezpiecznych i higienicznych warunków pracy; art. 66 ust. 2 gwarantujący pracownikom prawo do wypoczynku.

Wreszcie do zbiorowych stosunków pracy odnoszą się: art. 12 zapewniający wolność tworzenia i działania związków zawodowych; art. 59 ust. 1 zapewniający wolność zrzeszania się w związkach zawodowych i organizacjach pracodawców; art. 59 ust. 2 przyznający prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, co oznacza usankcjonowanie prawa związków zawodowych do organizowania i prowadzenia takich sporów, a także w celu zawierania układów zbiorowych pracy; art. 59 ust. 3 przewidujący prawo do strajku i innych form protestu.

3. Kodeks pracy i inne ustawy oraz akty wykonawcze

Mimo iż Kodeks pracy jest ustawą zwykłą, to jednak ze względu na swój zakres przedmiotowy i podmiotowy odgrywa podstawową rolę w systemie źródeł prawa pracy. Pamiętamy, że idealna kodyfikacja powinna mieć dwie podstawowe cechy zupełności i powszechności, jednak, uwzględniając rozległość i złożoność stosunków społecznych regulowanych w ramach poszczególnych gałęzi prawa, musimy pogodzić się z tym, że zarówno Kodeks pracy, jak i inne kodyfikacje nie odpowiadają w pełni wspomnianym wymogom.

Zgodnie z art. 1 Kodeks pracy reguluje prawa i obowiązki pracownika i pracodawcy. Już z tego wstępnego unormowania, a także szczegółowej analizy treści Kodeksu pracy

wynika, że jest on przede wszystkim kodyfikacją indywidualnego stosunku pracy. Nie reguluje on jednak tej problematyki wyczerpująco. Wiele istotnych zagadnień odnoszących się do indywidualnych stosunków pracy normowane jest, i to nie zawsze zasadnie, w pozakodeksowych aktach normatywnych, jak choćby kwestia szczególnych zasad rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników¹. W Kodeksie uregulowane są także pewne kwestie o generalnym dla prawa pracy znaczeniu, jak choćby system źródeł prawa pracy (art. 9, 9¹, 771–775, 1041–1043, 238–241³⁰) czy zasady prawa pracy (art. 10–18^{3c}). W Kodeksie znajdujemy również podstawowe unormowania dotyczące nadzoru i kontroli przestrzegania prawa pracy (art. 184–185). Kodeks pracy częściowo normuje także problematykę rozpatrywania sporów o roszczenia ze stosunku pracy (art. 242–265). Poza Kodeksem pracy znajdują się natomiast regulacje dotyczące zbiorowych stosunków, szczegółowe unormowania dotyczące nadzoru i kontroli przestrzegania prawa pracy czy też szczegółowe unormowania sądowego rozstrzygania indywidualnych sporów pracy.

Zakres podmiotowy Kodeksu pracy przesądza o kręgu podmiotów nim objętych. Zakres ten określa w pierwszej kolejności wspomniany już art. 1, który wyraźnie wskazuje na pracowników i pracodawców. Jednak podmiotami innych uregulowań kodeksowych są również zakładowe i ponadzakładowe organizacje związkowe, a także organizacje pracodawców (np. art. 77² § 4, art. 101² § 1, art. 241¹⁴ § 1). Wprawdzie Kodeks odnosi się w głównej mierze do pracowników, to jednak nie wszystkich ich dotyczy w jednakowej mierze. Najpełniej odnosi się on do pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, w najmniejszym zaś zakresie do pracowników z mianowania; w ograniczonym w różnym stopniu ma on zastosowanie do pracowników z powołania, wyboru i spółdzielczej umowy o pracę. O zakresie stosowania przepisów Kodeksu pracy do pracowników pozostających w pozaumownych stosunkach pracy przesadzają odnoszące się do nich regulacje szczególne, albowiem zgodnie z art. 5 k.p. Kodeks ma zastosowanie do określonej kategorii pracowników w zakresie nieuregulowanym odnoszącymi się do nich przepisami szczególnymi.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, stwierdzić można, iż Kodeks pracy jest przede wszystkim kodyfikacją indywidualnego umownego stosunku pracy.

Pozakodeksowe akty ustawowe normują bardzo zróżnicowaną materię prawa pracy – od problematyki indywidualnych stosunków pracy poprzez zbiorowe stosunki pracy, procesowe stosunki prawa pracy, na administracyjnych stosunkach prawa pracy kończąc.

Indywidualne stosunki pracy normują w szczególności: ustawa z 13 lipca 2006 r. O ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy²; ustawa z 10 października 2002 r. O minimalnym wynagrodzeniu za pracę³; ustawa z 13 marca 2003 r. O szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników⁴; ustawa z 9 lipca 2003 r. O zatrudnianiu pracowników tymczasowych⁵.

¹ Por. ustawę z 13 marca 2003 r., Dz.U. Nr 90, poz. 844 ze zm.

² Dz.U. Nr 158, poz. 1121.

³ Dz.U. Nr 200, poz. 1679 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 90, poz. 844 ze zm.

⁵ Dz.U. Nr 166, poz. 1608 ze zm.

Szczególną grupę ustawowych źródeł prawa pracy stanowią tzw. pragmatyki pracownicze, czyli odrębne regulacje dotyczące pracowników szeroko rozumianej sfery publicznej. Do tej grupy aktów normatywnych należą przede wszystkim: ustawa z 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela¹; ustawa z 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych²; ustawa z 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych³; ustawa z 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej⁴; ustawa z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵; ustawa z 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym⁶.

Zbiorowych stosunków pracy dotyczą przede wszystkim: ustawa z 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych⁷; ustawa z 23 maja 1991 r. o organizacjach pracodawców⁸; ustawa z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych⁹.

Procesowe stosunki prawa pracy unormowane są w dziale III tytułu VII ustawy z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego¹⁰.

Administracyjne stosunki prawa pracy normują głównie: ustawa z 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy¹¹, ustawa z 24 czerwca 1983 r. o społecznej inspekcji pracy¹²; ustawa z 30 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy¹³.

Jak wiadomo prawo pracy wywodzi się z prawa cywilnego, stąd też pozostaje ono z tą gałęzią prawa w związku genetycznym. Wyraża się on w tym, że wiele instytucji i konstrukcji prawa pracy za swój pierwowzór miało instytucje i konstrukcje cywilistyczne. Już choćby sama konstrukcja stosunku pracy wzorowana jest na cywilnoprawnym stosunku zobowiązania wzajemnego. Ukształtowanie się prawa pracy jako gałęzi prawa odrębnej od prawa cywilnego nie przekreśla więc istnienia więzi normatywnych między nimi, a wprost przeciwnie – usankcjonowanie takiego związku jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania prawa pracy. Dokonane ono zostało w art. 300 k.p.

Artykuł 300 k.p. stanowi, iż w sprawach nieunormowanych przepisami prawa pracy do stosunków pracy stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy. Tak więc przepis ten przewiduje trzy warunki stosowania, na gruncie stosunków pracy, przepisów Kodeksu cywilnego: sprawa dotycząca stosunku pracy nie jest unormowana przepisami prawa pracy; przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się odpowiednio; przepisy Kodeksu cywilnego mogą być zastosowane tylko wówczas, gdy nie są sprzeczne z zasadami prawa pracy.

Przykładowo można wskazać, iż do stosunków pracy mają zastosowanie następujące przepisy Kodeksu cywilnego: art. 56 o skutkach, jakie wywołuje czynność prawna; art.

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 97, poz. 674 ze zm.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953 ze zm.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1593 ze zm.

⁴ Dz.U. Nr 170, poz. 1218 ze zm.

⁵ Dz.U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.

⁶ Dz.U. Nr 164, poz. 1365 ze zm.

⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 854 ze zm.

⁸ Dz.U. Nr 55, poz. 235 ze zm.

⁹ Dz.U. Nr 55, poz. 236 ze zm.

¹⁰ Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

¹¹ Dz.U. Nr 89, poz. 589.

¹² Dz.U. Nr 35, poz. 163 ze zm.

¹³ Dz.U. Nr 99, poz. 1001 ze zm.

60 o sposobie wyrażania woli przy dokonywaniu czynności prawnej; art. 65 o wykładni oświadczeń woli, art. 66-68 i art. 70 o ofercie jako sposobie zawarcia umowy, art. 72 o rokowaniach jako sposobie zawarcia umowy.

Jak już wcześniej wskazano źródłami prawa pracy są także akty wykonawcze do ustaw, czyli rozporządzenia wydane przez upoważnione organy na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania (art. 92 ust. 1 Konstytucji RP). Za źródło prawa pracy nie można natomiast uznać uchwał Rady Ministrów oraz zarządzeń Prezesa Rady Ministrów i ministrów (art. 93 Konstytucji RP); są to akty wewnętrzne administracji państwowej skierowane do jednostek organizacyjnych podległych organom wydającym te akty.

Potrzeba regulacji materii prawa pracy w rozporządzeniach zdeterminowana jest kilkoma powodami. Po pierwsze, potrzeba regulacji wykonawczej wynika z podstawowych właściwości prawa pracy, a mianowicie dyferencjacji i dynamizmu rozwojowego. W tym kontekście można wskazać, że rozporządzenia są aktami różnicującymi sytuację prawną poszczególnych grup pracowników. Wiadomo, iż szybciej można zmienić akt wykonawczy niż ustawę, a tym samym prędzej dostosować regulację prawną do zmieniających się uwarunkowań ekonomicznych, technicznych, technologicznych czy też do postępu nauki. Po drugie, niektóre kwestie mają tak szczegółowy charakter, iż nie nadają się do ustawowej regulacji.

4. Układy zbiorowe pracy

Do specyficznych źródeł prawa pracy należą nie tylko układy zbiorowe pracy, lecz także inne porozumienia zbiorowe, ale tylko takie, które zostały przewidziane w ustawie. Układ zbiorowy pracy jest porozumieniem normatywnym zawieranym w drodze rokowań przez związki zawodowe i pracodawcę lub organizację pracodawców. Na gruncie k.p. wyróżnić można ponadzakładowe i zakładowe układy zbiorowe. Pierwsze zawierane są dla więcej niż jednego pracodawcy, z reguły dla pracodawców jednej branży lub gałęzi pracy, drugie zaś – dla jednego pracodawcy. Jednak od reguły, iż zakładowy układ zbiorowy pracy obejmuje tylko jednego pracodawcę, Kodeks wprowadza istotne odstępstwo. Zgodnie z art. 241²⁸ możliwe jest zawarcie układu zakładowego dla więcej niż jednego pracodawcy. Artykuł 241²⁸ wprowadza odstępstwo od zasady, że stroną zakładowego układu zbiorowego pracy jest pracodawca. Umożliwia on bowiem zawarcie takiego układu dla więcej niż jednego pracodawcy, jeżeli wchodzi on w skład jednej osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nie posiadającej osobowości prawnej. W ten sposób ustawodawca stworzył możliwość ustanowienia jednolitego układu zbiorowego pracy dla dużych struktur organizacyjnych zamiast zawierania odrębnych układów dla poszczególnych jej jednostek organizacyjnych mających status pracodawcy, które nie posiadają przecież samodzielności ekonomicznej. O tym jednak, czy układ taki zostanie zawarty, decydują wspólnie osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej oraz zakładowe organizacje związkowe.

W § 1 art. 239 ustanowiono ważną zasadę, w myśl której układ zbiorowy pracy zawiera się dla wszystkich pracowników niezależnie od ich przynależności związkowej. Jest to konsekwencją unormowania zawartego w art. 7 ust. 1 u.zw.zaw., że w zakresie praw i interesów zbiorowych związki zawodowe reprezentują wszystkich pracowników, niezależnie od ich przynależności związkowej. Niedopuszczalne jest zawieranie układu tylko dla związków zawodowych.

Układem są objęci wszyscy pracownicy, niezależnie od podstawy zatrudnienia, a więc także zatrudnieni na podstawie mianowania, powołania i wyboru, z wyjątkami przewidzianymi w art. 239 § 3 k.p. Układem zbiorowym pracy objęci są pracownicy niezależnie od tego, czy są zatrudnieni na czas nieokreślony, czy terminowo. Układem objęci są także tzw. telepracownicy. Wprawdzie nie ma formalnych podstaw do wykluczenia objęcia układem pracowników agencji pracy tymczasowej, zawieranie jednak dla nich układu wydaje się mało funkcjonalne.

Strony układu jednak mogą wyłączyć stosowanie układu w całości lub w części w odniesieniu do określonej lub określonych grup pracowników. Kryteria wyłączenia muszą mieć charakter obiektywny, uzasadniony i społecznie uznany; nie mogą to być kryteria o charakterze dyskryminacyjnym, np. płeć lub wiek pracowników, ich narodowość lub wyznanie. Takim kryterium może być np. rodzaj pracy lub charakter funkcji pracowniczej (por. G. Goździewicz, *Układy zbiorowe pracy. Komentarz*, Bydgoszcz 1996, s. 45). Należy wskazać w tym miejscu, że w art. 241²⁶ § 2 k.p. ustawodawca wyłączył dopuszczalność regulowania w zakładowym układzie zbiorowym pracy warunków wynagradzania pracowników zarządzających zakładem pracy w imieniu pracodawcy. Przepis ten odnosi się tylko do układu zakładowego i tylko do warunków wynagradzania, dlatego nic nie stoi na przeszkodzie, a raczej jest wskazane, aby również wolą stron układu wyłączyć w stosunku do tych osób część płacową ponadzakładowego układu zbiorowego pracy, a także, aby w ogóle osoby zarządzające zakładem wyłączyć spod regulacji układowej.

Przesłanką wyłączenia spod układu zbiorowego pracy pracowników wykonujących określony zawód może być chęć umożliwienia objęcia ich zawodowym układem zbiorowym pracy. To oznacza, że u jednego pracodawcy może obowiązywać np. zakładowy układ zbiorowy pracy, a także ponadzakładowy układ zawodowy. Nie można natomiast zawrzeć zawodowego zakładowego układu zbiorowego pracy w sytuacji, gdy pracownicy, którzy mieliby być nim objęci, byłiby już partycypientami zakładowego układu zbiorowego pracy.

Strony układu zbiorowego mogą nie tylko zawęzić jego zakres podmiotowy, lecz także go rozszerzyć, obejmując jego postanowieniami osoby świadczące pracę na innej podstawie niż stosunek pracy – nakładców, osoby wykonujące pracę na podstawie umowy na warunkach zlecenia, agentów, a także osoby wykonujące pracę w ramach umowy o dzieło czy też nakładców (chałupników). Układem zbiorowym pracy mogą być także objęci byli pracownicy – emeryci i renciści. O ile, ograniczając zakres podmiotowy układu zbiorowego pracy, można w całości lub w części wyłączyć jego stosowanie w odniesieniu do oznaczonej kategorii pracowników, o tyle, rozszerzając zakres podmiotowy układu na wymienione osoby, można rozciągnąć na nie tylko te postanowienia, które mogą być wobec nich aktualne. W szczególności do byłych pracowników – emerytów i rencistów – mogą w zasadzie odnosić się tylko te postanowienia układowe, które dotyczą świadczeń i usług socjalnych.

Na tle art. 239 § 1 i 2 k.p. powstaje pytanie, czy wskazany w nim krąg osób, które mogą być objęte układem zbiorowym pracy, został ustalony w sposób wyczerpujący, czy też zakresem podmiotowym układu mogą być objęte również inne osoby. Wypada przychylić się do poglądu, że ustawodawca jedynie w sposób przykładowy wskazał najbardziej typowe grupy osób, które mogą być objęte układem zbiorowym pracy. Zgodnie z zasadą

swobody układowej to strony tego porozumienia zbiorowego decydują, kogo i w jakim zakresie ma ono dotyczyć (por. Z. Salwa, Zakres podmiotowy i przedmiotowy układów zbiorowych pracy, PiZS 1994, nr 12, s. 4 i n.). Skoro dopuszcza się regulowanie w układzie zbiorowym pracy zakładowej działalności socjalnej, to trudno sobie wyobrazić, aby można było pominąć w ramach takiej regulacji uprawnienia członków rodzin pracowników oraz byłych pracowników – emerytów i rencistów, którzy, w myśl ustawy z 4 marca 1994 r. O zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (tekst jedn. Dz.U. z 1996 r. Nr 70, poz. 335 ze zm.), mogą korzystać ze świadczeń i usług socjalnych finansowanych z tego funduszu.

W art. 239 § 3 k.p. wskazano grupy pracowników, dla których nie zawiera się układów zbiorowych pracy. Przede wszystkim chodzi o osoby bezpośrednio związane z realizacją zadań administracji państwowej i samorządowej, a także wymiaru sprawiedliwości. Status pracowniczy tych osób został w sposób wyczerpujący unormowany w ustawowych pragmatykach oraz w wydanych na ich podstawie przepisach wykonawczych, a ze względu na znaczenie i charakter ich pracy jest niecelowe, zdaniem ustawodawcy, wprowadzanie negocjacyjnego sposobu ustalania warunków ich zatrudniania.

Zgodnie z art. 240. § 1 k.p. układ zbiorowy pracy określa:

- 1) warunki, jakim powinna odpowiadać treść stosunku pracy, z zastrzeżeniem § 3;
- 2) wzajemne zobowiązania stron układu, w tym dotyczące stosowania układu i przestrzegania jego postanowień.

Paragraf 2. Stanowi, że układ może określać inne sprawy poza wymienionymi w § 1, nie uregulowane w przepisach prawa pracy w sposób bezwzględnie obowiązujący. Stosownie do § 3. układ nie może naruszać praw osób trzecich.

Z przedstawionego zakresu przedmiotowego układy zbiorowe pracy mają mieszany charakter, gdyż zawierają zarówno postanowienia normatywne, jak i obligacyjne. Częścią dominującą i konieczną układu jest część normatywna, zasadniczo odnosząca się do warunków pracy oraz warunków wynagradzania i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą. Postanowienia te wprost lub za pośrednictwem aktu kreującego stosunek pracy wyznaczają jego treść. Ich adresatami są pracownik i pracodawca. Z kolei postanowienia zobowiązaniowe mają charakter akcesoryjny i fakultatywny wobec postanowień normatywnych; określają one wzajemne relacje stron układu, przede wszystkim związane z jego zawarciem i stosowaniem. Akcesoryjność postanowień obligacyjnych oznacza, że nie mogą one wyczerpywać treści układu, stanowić jego wyłącznego przedmiotu, mogą jedynie towarzyszyć postanowieniom normatywnym.

Zasadnicza część układu zbiorowego pracy odnosi się do treści stosunku pracy, a więc warunków pracy oraz warunków wynagradzania i przyznawania innych świadczeń związanych z pracą. W tym zakresie regulacja układowa powinna dotyczyć przede wszystkim sfery praw pracowniczych; może jednak mieć za przedmiot obowiązki pracowników. Wskazuje na to wyraźnie art. 104 k.p., który stanowi, że obowiązek wprowadzenia regulaminu pracy nie obciąża pracodawcy, który zatrudnia mniej niż 20 pracowników lub u którego obowiązują postanowienia układu zbiorowego pracy konsumujące treść regulaminu, a na tę treść składają się w szczególności obowiązki pracownika związane z porządkiem pracy.

W części pozapłacowej układ zbiorowy pracy może regulować problematykę: czasu pracy, co dodatkowo potwierdza art. 151 § 1 k.p., który w zakresie ustalania systemów

i rozkładów czasu pracy odsyła w szczególności do regulacji układowej; urlopów wypoczynkowych, ustanawiając np. urlop dodatkowy; bezpieczeństwa i higieny pracy, konkretyzując prawa i obowiązki pracowników w tym zakresie; materialnej odpowiedzialności pracowniczej, ograniczając np. jej zakres; ochrony pracy kobiet, ustalając katalog prac szczególnie szkodliwych i uciążliwych dla ich zdrowia i z tego względu im wzbronionym; trybu rozwiązywania umów o pracę, ustalając np. obowiązek powiadamiania pracownika o zamiarze wypowiedzenia lub rozwiązania bez wypowiedzenia umowy o pracę.

W części płacowej układ zbiorowy pracy może regulować systemy i formy wynagradzania za pracę, taryfikatory kwalifikacyjne i stawki zaszerzegowania pracowników; warunki premiowania i przyznawania dodatków do wynagrodzenia zasadniczego, a także warunki przyznawania gratyfikacji jubileuszowej, odprawy emerytalno-rentowej, odprawy w związku z rozwiązaniem stosunku pracy z przyczyn nie dotyczących pracownika czy też odprawy pośmiertnej.

Układ zbiorowy pracy może ustalać także, jak już wcześniej była o tym mowa, wzajemne zobowiązania jego stron. Ustawodawca nie ogranicza zakresu przedmiotowego tych zobowiązań, na co wyraźnie wskazuje użycie w § 1 pkt 2 in fine zwrotu: «w tym dotyczące stosowania układu i przestrzegania jego postanowień». O zakresie części obligacyjnej decydują swobodnie strony układu w ramach przysługującej im wolności układowej. W ramach postanowień zobowiązaniowych, obok kwestii wskazanych w art. 241¹, strony układu zbiorowego mogą określić np. zasady współdziałania pracodawcy lub organizacji pracodawców ze związkami zawodowymi.

W literaturze przedmiotu zaprezentowano pogląd, iż w układzie zbiorowym pracy może być zastrzeżone zobowiązanie strony związkowej do powstrzymania się od strajku (por. *Florek L.* Umowny charakter układu zbiorowego pracy. PiP 1997, nr 7, s. 20 oraz Kodeks pracy. Komentarz. 2009, s. 1197 i n.). Stanowisko to budzi wątpliwości, albowiem wspomniane zobowiązanie związków zawodowych stanowiłoby w istocie rzeczy ograniczenie pracowniczego, a nie związkowego prawa do akcji strajkowej, w wyniku czego odpowiednie postanowienie układowe byłoby dla pracowników mniej korzystne niż przepisy ustawy z 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (Dz.U. Nr 55, poz. 236 ze zm.), a więc z mocy prawa nieważne (por. uwagi do art. 9). Na gruncie prawa polskiego prawo do strajku jest prawem pracowniczym, związkom zawodowym zaś przysługuje możliwość organizowania sporu zbiorowego, a co za tym idzie – prawo do organizowania strajku. Związki zawodowe są dysponentem swojej kompetencji tylko w takim zakresie, w jakim nie ograniczają indywidualnych uprawnień pracowniczych.

Obok postanowień normatywnych, określających warunki, jakim powinna odpowiadać treść stosunku pracy oraz postanowień zobowiązaniowych, związanych z zawarciem i stosowaniem układu, porozumienie to może regulować także inne kwestie, nieunormowane w przepisach prawa pracy, w sposób ściśle bezwzględnie obowiązujący (imperatywny), czyli taki, który nie dopuszcza żadnych odstępstw ani na korzyść, ani na niekorzyść pracownika. Należy bowiem pamiętać, że w prawie pracy dominują regulacje jednostronnie bezwzględnie obowiązujące (semiimperatywne), czyli takie, które dopuszczają odstępstwa na korzyść pracownika; odstępstwa od tych regulacji są podstawowym przeznaczeniem układów zbiorowych pracy.

Par. 2 art. 240 k.p. nie określa bliżej materii postanowień, o których stanowi. Należy więc uznać, że mogą one dotyczyć zarówno indywidualnych, jak i zbiorowych stosunków pracy. Przykładowo, układ zbiorowy pracy może regulować zasady zatrudniania pracowników, w tym zawierania umów przedwstępnych albo umów o stypendia fundowane, a także problematykę doksztalcania pracowników. Na gruncie ustawy z 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (tekst. jedn. Dz.U. z 1996 r. Nr 70, poz. 335 ze zm.) układ zbiorowy pracy może regulować także odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Układ może regulować także kwestie związane z kształtowaniem w zakładzie pracy warunków bezpieczeństwa i higieny pracy, a także kwestie związane z dodatkowym ubezpieczeniem osobowym pracowników. W układzie można także ustalić mechanizm waloryzacji wynagrodzeń pracowniczych z uwzględnieniem np. poziomu inflacji.

Układ zbiorowy pracy nie może naruszać praw osób trzecich. Tak więc przedmiotem układu nie mogą być sprawy urlopu macierzyńskiego i wychowawczego, z którymi wiążą się świadczenia z ubezpieczenia społecznego, a więc świadczenia pochodzące od podmiotu trzeciego. Wniosek ten należy odpowiednio rozszerzyć na inne świadczenia ubezpieczeniowe czy też świadczenia pochodzące z funduszy publicznych. Układ nie może regulować także problematyki ochrony wynagrodzenia za pracę, zwłaszcza kwestii dopuszczalnych potrąceń z wynagrodzenia, gdyż jej poszerzenie godziłoby w uprawnienia osób trzecich.

Niezależnie od ograniczeń przedmiotowych regulacji układowej, wynikających z omówionego przepisu, należy stwierdzić, że postanowieniami układu nie można również modyfikować treści bezwzględnie obowiązujących (imperatywnych) przepisów prawa pracy, regulujących np. terminy przedawnienia roszczeń ze stosunku pracy czy też tzw. terminy zawite. Wprawdzie zakaz odmiennego regulowania spraw unormowanych takimi przepisami został ustanowiony tylko w odniesieniu do postanowień wykraczających poza warunki, jakim powinna odpowiadać treść stosunku pracy (por. art. 240 § 2), to nie oznacza to, że w zasadniczej części normatywnej (dotyczącej warunków, jakim powinna odpowiadać treść stosunku pracy) układ może zmieniać przepisy bezwzględnie obowiązujące. Byłoby nielogiczne, gdyby reguła ustanowiona w art. 240 § 2 odnosiła się do postanowień nie dotyczących treści stosunku pracy, a odrzucona miałyby być w odniesieniu do pozostałych normatywnych postanowień układowych (por. L. Florek, w: Kodeks pracy. Komentarz, red. T. Zieliński, Warszawa 2000, s. 989; por. też L. Florek, Kodeks pracy, 2009. S. 1195). Odmienne stanowisko w tej materii prezentuje W. Sanetra. Twierdzi on, że układ może wprowadzać korzystniejsze odstępstwa od wszystkich przepisów prawa pracy określających warunki, jakim powinna odpowiadać treść stosunku pracy, także bezwzględnie obowiązujących. Autor ten dopuszcza korzystniejsze dla pracownika normowanie terminów przedawnienia roszczeń (por. *Iwulski J., Sanetra W.* Kodeks pracy: komentarz. Warszawa, 2009. S. 1112).

Układ zbiorowy pracy zawierany jest w drodze dobrowolnych rokowań (art. 241² k.p.), jest więc on efektem osiągnięcia porozumienia między jego stronami. Negocjacje powinny być prowadzone w dobrej wierze i z poszanowaniem słuszných interesów drugiej strony (art. 241³ k.p.). Rokowania zbiorowe w stosunkach pracy są jednym z najważniejszych instrumentów kształtowania nowoczesnego ustroju pracy. Ich ranga znajduje odzwierciedlenie przede wszystkim w art. 59 ust. 2 Konstytucji RP, w myśl którego

związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do rokowań w celu zawarcia układu zbiorowego pracy.

Od reguły dobrowolności negocjacji układowych istnieją trzy odstępstwa. Nie można bowiem odmówić podjęcia rokowań: w celu zawarcia układu dla pracowników nieobjętych regulacją układową, w celu zmiany układu uzasadnionej istotną zmianą sytuacji ekonomicznej strony pracodawczej lub pogorszeniem się sytuacji materialnej pracowników, a także, jeżeli żądanie podjęcia negocjacji zgłoszone zostało nie wcześniej niż 60 dni przed upływem okresu, na jaki układ został zawarty, albo po dniu wypowiedzenia układu.

Układ zbiorowy pracy wchodzi w życie w terminie w nim określonym, jednak nie wcześniej niż z dniem zarejestrowania (art. 241¹² § 1 k.p.). Z powyższego wynika, iż przesłanką wejścia układu w życie jest jego rejestracja. Organ rejestrowy dokonuje uprzedniej kontroli legalności układu zbiorowego pracy, bada nie tylko zgodność z prawem treści postanowień tego porozumienia zbiorowego, lecz także i to, czy jego strony zostały prawidłowo wyłonione. Rejestracji układu zakładowego dokonuje okręgowy inspektor pracy, zaś układu ponadzakładowego – minister właściwy do spraw pracy (art. 241¹¹ § 1 k.p.).

Istnieją trzy sposoby rozwiązania układu zbiorowego pracy: na mocy porozumienia stron, z upływem okresu, na który został on zawarty, oraz na skutek wypowiedzenia. Okres wypowiedzenia układu ustalają jego strony. W razie gdyby tego nie uczyniły, obowiązuje je okres trzymiesięczny. Niedopuszczalne jest natomiast jednostronne rozwiązanie układu bez wypowiedzenia. Wypowiedzeniu podlega zarówno układ zawarty na czas nieokreślony, jak i na czas określony¹. Zarówno porozumienie stron w sprawie rozwiązania układu, jak i wypowiedzenie tego porozumienia przez jedną ze stron muszą być dokonane z zachowaniem formy pisemnej. Jej pominięcie powoduje, że nie dochodzi do skutecznego rozwiązania lub wypowiedzenia układu.

Z chwilą rozwiązania układu zbiorowego pracy zastępuje go nowy układ albo regulamin wynagradzania, a w razie ich braku – zastępują go warunki umów lub innych aktów kreujących stosunek pracy.

Ponadzakładowy układ zbiorowy pracy zawierają: ze strony pracowników – właściwa ponadzakładowa organizacja związkowa, ze strony pracodawców – organizacja pracodawców – w imieniu zrzeszonych w tej organizacji pracodawców (art. 241¹⁴ k.p.).

Jeżeli pracowników, dla których ma być zawarty układ ponadzakładowy, reprezentuje więcej niż jedna organizacja związkowa, związki powinny dążyć do wyłonienia wspólnej reprezentacji w celu prowadzenia negocjacji, a gdy nie jest to możliwe, rokowania powinny być prowadzone łącznie przez poszczególne organizacje związkowe (art. 241¹⁶ k.p.). Negocjacje, w których nie uczestniczą wszystkie uprawnione ponadzakładowe organizacje związkowe, mogą toczyć się tylko wówczas, gdy bierze w nich udział co najmniej jeden związek reprezentatywny. Ponadzakładowy układ zbiorowy pracy zawierają wszystkie organizacje związkowe, które prowadziły negocjacje bądź co najmniej wszystkie organizacje reprezentatywne.

Ustalenie związków reprezentatywnych ma na celu wskazanie organizacji zajmujących szczególną pozycję, w sytuacji gdy rokowań układowych nie są w stanie prowadzić wszystkie ponadzakładowe organizacje związkowe. Spośród znanych kryteriów wyłaniania zwią-

¹ Odmienne: Salwa Z. Kodeks pracy: komentarz... Bydgoszcz, 1997. S. 390 i nast. Autor ten dopuszcza wypowiedzenie tylko układu zawartego na czas nieokreślony.

ków reprezentatywnych: desygncji, nominacji i liczbowego, w zakresie wyłaniania związkowej strony negocjacji zastosowano to ostatnie. Uzależniono bowiem przyznanie statusu związku reprezentatywnego od określonej liczby pracowników należących do organizacji związkowej, a nie ogółu członków. I tak zgodnie z art. 241¹⁷ k.p. reprezentatywną ponadzakładową organizacją związkową jest ta, która jest reprezentatywna w rozumieniu ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisji dialogu społecznego lub zrzesza co najmniej 10% ogółu pracowników objętych zakresem działania statutu, nie mniej jednak niż dziesięć tysięcy pracowników, lub największą liczbę pracowników, dla których ma być zawarty określony układ ponadzakładowy. Wprowadzono jednak pewien wyjątek od kryterium ilościowego, a mianowicie za reprezentatywną uznano również organizację wchodzącą w skład reprezentatywnej ogólnokrajowej organizacji międzyzwiązkowej (konfederacji); taka organizacja nabywa reprezentatywność z samego faktu uczestnictwa w takiej strukturze, niezależnie od liczby zrzeszonych pracowników.

Zakładowy układ zbiorowy pracy zawiera, co do zasady, pracodawca, w rozumieniu art. 3 k.p., i zakładowa organizacja związkowa (art. 241²³ k.p.). Przez zakładową organizację związkową rozumieć należy strukturę organizacyjną danego związku zawodowego skorelowaną z pracodawcą, co oznacza, że u danego pracodawcy działać może tylko jedna zakładowa struktura określonego związku zawodowego¹.

Jeżeli pracowników, dla których ma być zawarty zakładowy układ zbiorowy pracy, reprezentuje więcej niż jedna organizacja związkowa, rokowania w celu jego zawarcia w pierwszej kolejności prowadzić powinna ich wspólna reprezentacja, a gdy nie doszło do wyłonienia takiej reprezentacji, negocjacje prowadzi łącznie wszystkie zakładowe organizacje związkowe lub niektóre z nich wraz ze wspólną reprezentacją pozostałych związków. W sytuacji gdy do negocjacji nie przystąpią wszystkie uprawnione zakładowe organizacje związkowe, wówczas do ich prowadzenia kompetentne są te związki zawodowe, które zgłosiły chęć uczestniczenia w nich, przy czym musi być wśród nich co najmniej jeden związek reprezentatywny. Zakładowy układ zbiorowy pracy zawierają wszystkie organizacje związkowe, które prowadziły rokowania. Jeżeli jednak zdarzy się, że po zakończeniu rokowań jedna z zakładowych organizacji związkowych, uwzględniając końcowy ich efekt, odmówi podpisania układu, to w takiej sytuacji istnieje możliwość jego ustanowienia przez pozostałe zakładowe związki zawodowe, przy czym powinny się wśród nich znajdować wszystkie organizacje reprezentatywne, które brały udział w negocjacjach (art. 241²⁵ k.p.).

Podobnie jak w przypadku reprezentatywności ponadzakładowych organizacji związkowych, tak i w przypadku reprezentatywności zakładowych organizacji związkowych spośród znanych kryteriów wyłaniania związków reprezentatywnych: desygncji, nominacji i liczbowego zastosowano to ostatnie. Status związku reprezentatywnego na poziomie zakładu pracy uzyskuje organizacja zrzeszająca co najmniej 7% pracowników zatrudnionych u danego pracodawcy, jeżeli jest jednostką organizacyjną albo organizacją członkowską ponadzakładowej organizacji związkowej reprezentatywnej w rozumieniu ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych lub zrzeszającą co najmniej 10% pracowników zatrudnionych u pracodawcy. W sytuacji gdy żadna zakładowa

¹ Por. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 24 kwietnia 1996 r., I PZP 38/95, OSNAPiUS 1996, nr 23, poz. 353.

organizacja związkowa nie spełnia powyższych kryteriów liczbowych, status związku reprezentatywnego uzyskuje ta organizacja, która zrzesza największą liczbę pracowników (art. 241^{25a} § 2 k.p.).

Jeżeli układ zakładowy obejmuje więcej niż jednego pracodawcę, gdy pracodawcy ci wchodzą w skład tej samej osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, zawierany jest on przez osobę prawną albo jednostkę organizacyjną oraz zakładowe organizacje związkowe. Ze strony związkowej do rokowań uprawnione są wszystkie zakładowe organizacje związkowe. W celu zapobieżenia nadmiernemu rozdrobnieniu reprezentacji związkowej oraz zapewnienia lepszej koordynacji działań związków zawodowych i efektywności negocjacji ustalono, że zdolność układowa zakładowych organizacji związkowych przechodzi z mocy prawa na ponadzakładową organizację związkową, do której one należą; staje się ona w ich imieniu uczestnikiem rokowań, a następnie układu. Zakładowy układ zbiorowy pracy dla osoby prawnej (odpowiednio dla jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej) zawierają wszystkie organizacje związkowe, które prowadziły rokowania. Jeżeli któraś z tych organizacji odmówi podpisania układu, to w takiej sytuacji możliwość jego ustanowienia mają pozostałe związki zawodowe, przy czym muszą wśród nich być wszystkie reprezentatywne organizacje związkowe uczestniczące w negocjacjach (art. 241²⁸ k.p.).

5. Porozumienia zbiorowe

W pierwszej kolejności wyjaśnienia wymaga pojęcie porozumienia zbiorowego. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, iż o zbiorowym charakterze porozumienia przesądza jego strony, z których co najmniej jedna, zwłaszcza pracownicza, powinna odznaczać się cechą zbiorowości (por. *Goździewicz G.* Charakter porozumień zbiorowych w prawie pracy. PiZS 1998, nr 3, s. 18). Stanowisko to budzi jednak pewne zastrzeżenia. Po pierwsze, dlatego że o zbiorowym charakterze porozumienia przesądzać powinien, moim zdaniem, nie tyle zbiorowy charakter jego uczestników, ile fakt, że zawierają je podmioty prawa pracy, tzw. partnerzy socjalni, tzn. pracodawca (pracodawcy) lub jego reprezentacja (organizacja pracodawców), a ze strony pracowniczej związki zawodowe lub załoga zakładu pracy (na temat załogi jako podmiotu prawa por. m.in. *Rączka K.* Uczestnictwo pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwami państwowymi w Polsce. Problematyka prawna. Warszawa, 1994. S. 39–49). Po drugie, o zbiorowym charakterze porozumień przesądza nie tylko jego strony, lecz także fakt, iż dotyczą one interesów, praw lub obowiązków określonej «mniejszej lub większej grupy pracowników», adresowane są więc do pewnej zbiorowości. Nie ma zbiorowego charakteru porozumienie, które reguluje sytuację indywidualnie oznaczonego podmiotu (por. *Salwa Z.* Porozumienia zbiorowe jako źródło prawa pracy // *Prawo pracy. Z aktualnych zagadnień: materiały konferencyjne* / red. W. Sanetra. Białystok, 1999. S. 28). Podsumowując, za porozumienie zbiorowe można uznać takie porozumienie, którego stronami są partnerzy socjalni i które reguluje sytuację pewnej zbiorowości pracowniczej.

Kolejną kwestią wymagającą rozważenia jest ustalenie, które porozumienia zbiorowe mają oparcie w ustawie. Z pewnością jest to porozumienie o stosowaniu układu zbiorowego pracy (por. art. 241¹⁰ § 1), porozumienie o zawieszeniu stosowania układu zbiorowego pracy (por. art. 241²⁷), porozumienie w związku z przejściem zakładu pracy lub jego części na innego pracodawcę (por. art. 26¹ ustawy z 23 maja 1991 r. O związkach zawodowych, tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 854 ze zm.), porozumienie kończące spór zbiorowy

(por. art. 9 i 14 u.zw.zaw.), czy też porozumienie w sprawie zwolnień grupowych (por. art. 3 ustawy z 13 marca 2003 r. O szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, Dz.U. Nr 90, poz. 844 ze zm.).

Zagadnieniem niezwykle kontrowersyjnym zarówno w doktrynie, jak i judykaturze jest charakter prawny tzw. pakietów (paktów) socjalnych, zwanych też pakietami gwarancji pracowniczych. Są to porozumienia zawierane w procesie prywatyzacji między inwestorem i zakładowymi organizacjami związkowymi, stosunkowo rzadko zdarza się zawieranie pakietów trójstronnych między inwestorem, prywatyzowanym podmiotem gospodarczym i zakładowymi organizacjami związkowymi. Treść tych paktów oscyluje wokół następujących zagadnień: uprawnień pracowniczych związanych z faktem prywatyzacji (chodzi tu przede wszystkim o tzw. premię prywatyzacyjną), gwarancji zatrudnienia, gwarancji płacowych, kształtowania warunków bezpieczeństwa i higieny pracy, gwarancji w zakresie przekwalifikowania i szkoleń pracowników, gwarancji w zakresie zakładowej działalności socjalnej oraz gwarancji dla zakładowych organizacji związkowych.

W kwestii charakteru prawnego pakietów socjalnych zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska. W myśl pierwszego z nich nie mają one normatywnego charakteru, według drugiego zaś są one porozumieniami zbiorowymi prawa pracy mającymi oparcie w ustawie, czyli są źródłem prawa pracy w rozumieniu art. 9. W większości swych orzeczeń Sąd Najwyższy odmawiał pakietom socjalnym normatywnego charakteru. Nowym elementem w dyskusji na temat charakteru prawnego pakietów socjalnych stała się uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 23 maja 2006 r. (III PZP 2/06, OSNP 2006, nr 3–4, poz. 38), w której stwierdza się, że: «Postanowienia porozumienia zbiorowego w sprawie gwarancji socjalnych, pracowniczych i związkowych, zawartego w procesie prywatyzacji pośredniej (art. 1 ust. 2 pkt 1 i 1a oraz art. 31a–35 ustawy z 30 sierpnia 1996 r. O komercjalizacji i prywatyzacji, tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 ze zm.), pomiędzy związkami zawodowymi działającymi u pracodawcy a spółką handlową, która po nabyciu akcji stała się spółką dominującą nad spółką zależną będącą pracodawcą, są przepisami prawa pracy w rozumieniu art. 9 § 1 k.p.». W uzasadnieniu przytoczonej uchwały Sąd Najwyższy podjął próbę wykazania, iż po pierwsze, inwestor jest partnerem socjalnym, który może zawrzeć porozumienie zbiorowe prawa pracy; po drugie, że pakiet gwarancji pracowniczych zawierany w procesie prywatyzacji jest «oparty na ustawie». W uzasadnieniu odwołano się w pierwszej kolejności do art. 20 Konstytucji RP, który stanowi, że dialog i współpraca partnerów społecznych stanowią jedną z podstaw ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym nie wyjaśnia on, kogo należy uważać za partnera społecznego. Zdaniem Sądu Najwyższego «konkretyzacja w tym zakresie następuje w art. 59 ust. 2 Konstytucji», stosownie do którego związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, oraz do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień. Dalej Sąd odrzuca wykładnię art. 59 ust. 2 Konstytucji RP, w której w celu określenia pracodawcy odwoływano się do art. 3 k.p., i stwierdza, że «wynikające z Konstytucji pojęcie pracodawcy jest szersze niż to, które wynika z Kodeksu pracy i w sensie konstytucyjnym stroną pracodawczą rokowań należy rozumieć szerzej oraz nie ma powodu, aby wyłączyć z tego np. centralny zarząd grupy przedsiębiorstw, czy inwestora, który ma nabyć akcje lub spółkę». W ten sposób Sąd Najwyższy wykreował «pracodawcę konstytucyjnego», który jako partner społeczny może zawierać porozumienia społeczne.

W poszukiwaniu natomiast ustawy, na której ma być oparty pakiet socjalny, Sąd Najwyższy w pierwszej kolejności dokonał rozszerzającej wykładni pojęcia «oparcia na

ustawie», którym posługuje się art. 9 § 1 k.p. Pojęcie to można wprawdzie rozumieć wąsko jako ustawowe upoważnienie do zawarcia określonego porozumienia zbiorowego, lecz można je także «rozumieć szeroko jako wskazanie w ustawie (wyraźne lub wyinterpretowane) możliwości zawarcia porozumienia zbiorowego, nawet bez bliższego jego określenia». W dalszej kolejności w uzasadnieniu omawianej uchwały odwołano się do przepisów ustawy z 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 ze zm.). Zgodnie z jej art. 33 ust. 1 (w wersji obowiązującej w dniu podjęcia uchwały) zbycie akcji należących do Skarbu Państwa następuje w drodze: oferty ogłoszonej publicznie, przetargu publicznego, rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia oraz przyjęcia oferty w odpowiedzi na wezwanie, aukcji ogłoszonej publicznie (por. rozdział 4a rozporządzenia z 20 grudnia 2004 r., Dz.U. Nr 286, poz. 2871 ze zm.). Na podstawie ust. 2 powołanego artykułu Rada Ministrów wydała rozporządzenie z 20 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa (Dz.U. Nr 286, poz. 2871 ze zm.; powołane rozporządzenie zostało zastąpione rozporządzeniem Rady Ministrów z 17 lutego 2009 r. w sprawie szczegółowego trybu zbywania akcji Skarbu Państwa, Dz.U. Nr 34, poz. 264 ze zm.). Par. 1 ust. 1 tego rozporządzenia wskazuje, iż określa ono m.in. warunki, jakie powinny spełniać: zaproszenie do składania ofert nabycia akcji w przetargu oraz zaproszenie do rokowań, które mogą dotyczyć zobowiązań inwestycyjnych, zobowiązań związanych z ochroną środowiska, a także zobowiązań związanych z ochroną interesów pracowników i innych osób związanych ze spółką. W § 5 i 14 rozporządzenia nie określono «szczegółowo», jakim warunkom powinna odpowiadać oferta oraz zaproszenie do rokowań co do zobowiązań w zakresie ochrony interesów pracowników. Jednak, zdaniem Sądu Najwyższego, z art. 33 ust. 2 omawianej ustawy oraz z § 1 przywołanego rozporządzenia wynika to, że «organ, który w imieniu Skarbu Państwa prowadzi prywatyzację skomercjalizowanej spółki, określa w ofercie zbycia akcji (zaproszeniu do składania ofert nabycia akcji, zaproszeniu do rokowań), jakie nabywca ma spełniać warunki w zakresie zobowiązań związanych z ochroną interesów pracowników. Systemowa wykładnia ustawy wskazuje, że zobowiązania te mogą być podjęte poprzez zawarcie przez inwestora (przyszłego nabywcę akcji) porozumienia ze związkami zawodowymi działającymi u pracodawcy». Porozumienie takie przewiduje art. 48 ust. 2 zd. 2 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji w odniesieniu do jednej z postaci prywatyzacji bezpośredniej, a mianowicie sprzedaży przedsiębiorstwa. Nie ma więc przeszkód, zdaniem Sądu Najwyższego, aby uznać, że w przypadku prywatyzacji pośredniej zobowiązania gwarancji socjalnych mogły być podjęte w trybie zawarcia przez inwestora porozumienia ze związkami zawodowymi. «Takie porozumienie (zawarte w procesie prywatyzacji pośredniej w wykonaniu warunków nabycia akcji przedstawionych przez organ działający w imieniu Skarbu Państwa) ma więc oparcie w art. 33 ust. 2 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji (oraz odpowiednich przepisach rozporządzenia wykonawczego), a więc spełnia ten warunek uznania go za prawo pracy w rozumieniu art. 9 § 1 k.p.».

Przedstawiona z konieczności w dużym skrócie uchwała Sądu Najwyższego jest wysoce kontrowersyjna. Nie sposób w tym miejscu ani przedstawić jej wyczerpująco, ani podjąć z nią dogłębną polemikę. Po pierwsze, nieuprawnione jest konstruowanie jakiegoś «pracodawcy konstytucyjnego» na bazie art. 20 i 59 ust. 2 Konstytucji RP. Art. 20 posługuje się pojęciem partnera społecznego, art. 59 ust. 2 zaś pojęciem pracodawcy. Oczywiście jest, co zresztą zauważa Sąd Najwyższy, że pojęcie partnera socjalnego nie wyczerpuje się w kręgu takich podmiotów, jak związki zawodowe, pracodawcy i ich organizacje. Partnerem społecznym

jest choćby załoga zakładu pracy czy też wybrane przez pracowników pozazwiązkowe przedstawicielstwo, jednak z przepisu tego nie można wywodzić, że partnerem społecznym jest inwestor uczestniczący w procesie prywatyzacji, jest on partnerem Skarbu Państwa, ale biznesowym, a nie społecznym dla strony pracowniczej. Art. 59 ust. 2 Konstytucji RP stanowi niewątpliwie o formach (przejawach) dialogu społecznego i współpracy partnerów społecznych, można nawet uznać, że o jednym z ich podstawowych wymiarów, lecz nie można twierdzić, że w rokowaniach ów dialog i współpraca się wyczerpują, a już wywodzenie z art. 59 ust. 2 w kontekście art. 20 Konstytucji RP, że pracodawca – tu «konstytucyjny», to inwestor uczestniczący w procesie prywatyzacji, jest niezrozumiałym dla analizy prawnej skrótem myślowym. Za pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych należy uznać też konstruowanie w świetle art. 59 ust. 2 ustawy zasadniczej jakiegoś «pracodawcy konstytucyjnego».

Jeszcze bardziej dyskusyjne są rozważania Sądu Najwyższego związane z poszukiwaniem «oparcia na ustawie» pakietów gwarancji pracowniczych. Wątpliwe jest już samo dokonywanie rozszerzającej wykładni tego zwrotu. Dotychczas nie budziło wątpliwości, iż porozumienie zbiorowe «oparte jest na ustawie», jeżeli jest w niej wyraźnie pozytywnie przewidziane w określonej sferze stosunków pomiędzy partnerami społecznymi, przy czym «ustawy» nie rozciągano na rozporządzenie wykonawcze do niej, a próby poszukiwania bardziej «abstrakcyjnego oparcia» – czy to w art. 59 ust. 2 Konstytucji RP, art. 21 ust. 1 u.zw.zaw., czy wreszcie art. 4 Konwencji nr 98 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych (Dz.U. z 1958 r. Nr 29, poz. 126) – zostały zakwestionowane także przez Sąd Najwyższy w analizowanej uchwale. Tym bardziej niezrozumiałe jest stanowisko Sądu Najwyższego, iż na gruncie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji możliwe jest przedstawienie przez inwestora organowi reprezentującemu Skarb Państwa gwarancji socjalnych dla pracowników w postaci porozumienia zawartego ze związkami zawodowymi i to ma stanowić podstawę do uznania art. 33 ust. 2 tej ustawy, jako podstawy do zawarcia takiego porozumienia; Sąd Najwyższy wskazuje na przepis, który nie jest przepisem materialnoprawnym, lecz delegacją ustawową, i który w ogóle nie wspomina o jakimkolwiek porozumieniu między inwestorem i związkami zawodowymi.

6. Regulaminy i statuty

Wśród regulaminowych źródeł prawa pracy wskazać wypada przede wszystkim: regulamin pracy, regulamin wynagradzania, a ponadto: regulamin premiowania i nagradzania oraz regulamin zakładowej działalności socjalnej.

Regulamin pracy ustala organizację i porządek w procesie pracy oraz związane z tym prawa i obowiązki pracodawcy i pracowników. W treści tego regulaminu wyróżnić należy część normatywną i część informacyjną. W części normatywnej regulamin pracy powinien normować w szczególności organizację pracy, systemy i rozkłady czasu pracy, porę nocną, termin, miejsce, czas i częstotliwość wypłaty wynagrodzenia, wykazy prac niedozwolonych kobietom i młodocianym, wykazy prac lekkich dozwolonych młodocianym, warunki bezpieczeństwa i higieny pracy. W części informacyjnej powinno znajdować się co najmniej wskazanie stosowanych kar porządkowych (por. art. 104 i 104¹ k.p.).

Regulamin pracy ustala pracodawca zatrudniający co najmniej 20 pracowników, gdy nie jest on objęty układem zbiorowym pracy ustalającym materię będącą przedmiotem tego regulaminu. Jeżeli działa u niego zakładowa organizacja związkowa, czyni to

w uzgodnieniu z nią. Przed przystąpieniem do uzgadniania regulaminu należy ustalić z zakładową organizacją związkową termin zakończenia tych uzgodnień; po jego nadejściu pracodawca sam ustala regulamin (por. art. 104² k.p.). Jeżeli u pracodawcy działa więcej niż jedna organizacja zakładowa, to powinny one przedstawić wspólnie uzgodnione stanowisko w sprawie projektu regulaminu nie później niż w ciągu 30 dni od jego przedstawienia im; w przeciwnym razie pracodawca sam ustala regulamin pracy (por. art. 30 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych). Przedstawienie natomiast przez związki zawodowe wspólnie uzgodnionego stanowiska w ww. terminie powoduje konieczność kontynuowania uzgodnień do upływu terminu ustalonego zgodnie z art. 104² § 2 k.p.

W regulaminie wynagradzania ustala się warunki wynagradzania pracowników oraz przyznawania innych świadczeń związanych z pracą. Regulamin ten może określać nie tylko zasady ustalania wynagrodzenia zasadniczego, lecz także przyznawania innych składników płacowych, w tym premii; może także ustalać zasady nagradzania pracowników (por. art. 77² k.p.). W przeciwnym wypadku zasady premiowania i nagradzania mogą być unormowane w odrębnych regulaminach.

Regulamin wynagradzania ustala pracodawca zatrudniający co najmniej 20 pracowników, gdy nie jest on objęty układem zbiorowym pracy ustalającym materię będącą przedmiotem tego regulaminu. Jeżeli działa u niego zakładowa organizacja związkowa, czyni to w uzgodnieniu z nią. Jeżeli zaś u pracodawcy działa więcej niż jedna organizacja zakładowa, to powinny one przedstawić wspólnie uzgodnione stanowisko w sprawie projektu regulaminu nie później niż w ciągu 30 dni od jego przedstawienia im. W przeciwnym razie pracodawca sam ustala regulamin pracy (por. art. 30 ust. 5 ustawy o związkach zawodowych).

Specyficznymi źródłami prawa pracy są statuty spółdzielni, szkół wyższych, spółek akcyjnych w zakresie, w jakim normują prawa i obowiązki pracodawcy i pracowników¹. Akty te stanowią bez udziału związków zawodowych przez kompetentne organy podmiotów, których ustrój regulują (np. senat szkoły wyższej). Za źródło prawa pracy nie można natomiast uznać umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, albowiem ma ona zobowiązaniowy, a nie normatywny charakter².

7. Akty prawa międzynarodowego i wspólnotowego

Zgodnie z art. 91 Konstytucji RP część krajowego porządku prawnego stanowią ratyfikowane umowy międzynarodowe. Umowy ratyfikowane za zgodą wyrażoną w ustawie mają pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy nie da się pogodzić z umową. Oznacza to, że umowy nieratyfikowane nie są źródłem prawa pracy³. Umowy międzynarodowe tradycyjnie dzieli się na umowy bezpośrednio skuteczne (self-executing) oraz wymagające wykonania, z reguły poprzez przyjęcie określonych rozwiązań w wewnętrznym porządku prawnym (executory). Z tego wynika, iż w kontekście źródeł prawa pracy możemy rozpatrywać tylko umowy bezpośrednio skuteczne. Za źródło prawa pracy uznać można natomiast tylko te

¹ Por. T. Zieliński (red.). Kodeks pracy: komentarz. Warszawa, 2000. S. 144.

² Odmienne SN w wyroku z 11 czerwca 1997 r., I PKN 201/97, OSN 1998, nr 12, poz. 206, z krytyczną glosą L. Kaczyńskiego.

³ Por. wyrok SN z 29 listopada 2000 r., I PKN 107/2000, OSNAPiUS 2005, nr 5, poz. 162, w którym stwierdza się, że nieratyfikowana umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Federalnej Niemiec, sporządzona w Bonn 31 stycznia 1990 r. o oddelegowaniu pracowników polskich przedsiębiorstw do realizacji umów o dzieło, nie stanowi źródła prawa pracy.

umowy międzynarodowe self-executing, które normują stosunki objęte przedmiotem tej gałęzi prawa. Są to przede wszystkim te umowy, które gwarantują wolności człowieka i obywatela, zakazują dyskryminacji czy też ingerencji w sferę prywatności człowieka (obywatela).

Wśród umów międzynarodowych wyróżnić można tradycyjne umowy dwu- i wielostronne¹ oraz akty organizacji międzynarodowych, a zwłaszcza ustanawiane przez Międzynarodową Organizację Pracy i Radę Europy.

Konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy należą do specyficznego typu umów międzynarodowych, o czym decyduje przede wszystkim sposób ich ustanawiania oraz wprowadzania do międzynarodowego porządku prawnego. Konwencje uchwalane są przez podstawowy organ uchwałodawczy MOP – Międzynarodową Konferencję Pracy, która podobnie jak pozostałe organy tej Organizacji (Rada Administracyjna, Międzynarodowe Biuro Pracy) działa w oparciu o zasadę trójstronności. Zgodnie z art. 3 ust. 1 Konstytucji MOP w skład delegacji każdego państwa członkowskiego wchodzi czterech przedstawicieli; dwóch delegatów reprezentuje rząd danego kraju, spośród dwóch pozostałych jeden jest reprezentantem ruchu pracodawczego, drugi zaś – ruchu związkowego. Konwencje uchwalane są większością 2/3 głosów obecnych przedstawicieli wchodzących w skład delegacji państwowych, przy czym przedstawiciele strony rządowej, pracodawczej i pracowniczej głosują odrębnie (art. 19 ust. 2 Konstytucji MOP). Konwencja MOP staje się elementem międzynarodowego porządku prawnego nie bezpośrednio po jej uchwaleniu, lecz dopiero po ratyfikowaniu jej przez co najmniej dwóch członków Organizacji, chyba że dla wejścia danej konwencji w życie wymagana jest większa liczba ratyfikacji.

MOP uchwała także zalecenia (rekomendacje), które w odróżnieniu od konwencji nie mają wiążącego charakteru.

W myśl art. 19 ust. 5 Konstytucji MOP uchwalona konwencja przekazywana jest wszystkim państwom członkowskim w celu jej ratyfikacji, które mają obowiązek wszczęcia odpowiedniego postępowania w tym przedmiocie (w Polsce organem właściwym do ratyfikacji konwencji jest Prezydent RP; por. art. 133 ust. 1 pkt 1 Konstytucji RP). Ratyfikacja konwencji powoduje włączenie jej do wewnętrznego porządku prawnego, zaś odmowa ratyfikacji zobowiązuje rząd danego kraju do zawiadomienia o tym Dyrektora Międzynarodowego Biura Pracy i podania przyczyn owej odmowy, a także przekazania tekstów aktów prawnych normujących kwestie objęte przedmiotem konwencji. Państwo, które ratyfikowało konwencję, ma obowiązek dostosowania do niej swojego prawa lub praktyki. Stosownie zaś do art. 22 Konstytucji MOP każde państwo, które ratyfikowało konwencję, ma obowiązek składania Międzynarodowemu Biuru Pracy rocznych sprawozdań z realizacji konwencji.

¹ Polska jest m.in. stroną następujących umów: zawartej 31 stycznia 1990 r. z Rządem Republiki Federalnej Niemiec o oddelegowaniu pracowników polskich przedsiębiorstw do realizacji umów o dzieło, Dz.U. z 1994 r. Nr 98, poz. 474–476 ze zm.; zawartej 7 czerwca 1990 r. z Rządem Republiki Federalnej Niemiec w sprawie zatrudnienia pracowników w celu podnoszenia ich kwalifikacji zawodowych i językowych (pracowników-gości), Dz.U. z 1994 r. Nr 100, poz. 487; zawartej 29 września 1990 r. z Rządem Republiki Francuskiej w sprawie wymiany stażów zawodowych, Dz.U. z 1994 r. Nr 100, poz. 489; zawartej 29 września 1990 r. z Rządem Republiki Francuskiej o zatrudnianiu pracowników sezonowych, niepublikowana; zawartej 11 czerwca 1993 r. z Rządem Konfederacji Szwajcarskiej w sprawie wymiany stażów zawodowych, Dz.U. z 1994 r. Nr 100, poz. 485; zawartej 15 marca 1994 r. z Rządem Federacji Rosyjskiej o zasadach zatrudniania obywateli rosyjskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, niepublikowana.

W swojej historii MOP uchwaliła 188 konwencji, które swym zakresem objęły podstawowe sfery indywidualnych i zbiorowych stosunków pracy. Znamienne jest, że Konwencja nr 1 z 1919 r. odnosi się do czasu pracy w przemyśle; inne fundamentalne konwencje dotyczą wolności zrzeszania się i ochrony praw związkowych (nr 87 z 1948 r.), ochrony płacy (nr 95 z 1949 r.), prawa organizowania się i rokowań zbiorowych (nr 98 z 1949 r.), jednakowego wynagrodzenia kobiet i mężczyzn (nr 100 z 1951 r.), zniesienia pracy przymusowej (nr 105 z 1957 r.), dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu (nr 111 z 1958 r.), trójstronnych konsultacji w zakresie wprowadzania w życie międzynarodowych norm w sprawie pracy (nr 144 z 1976 r.), popierania rokowań zbiorowych (nr 154 z 1981 r.), pracy nocnej (nr 171 z 1990 r.), ochrony roszczeń pracowniczych w wypadku niewypłacalności pracodawcy (nr 173 z 1992 r.), pracy w niepełnym wymiarze czasu pracy (nr 175 z 1994 r.). Polska należy do grupy państw, które ratyfikowały największą liczbę konwencji – 98.

Konwencje MOP odgrywają istotną rolę w rozwoju prawa pracy i kształtowaniu stosunku pracy. Większość tych aktów wymaga dla ich realizacji wydania realizujących je aktów prawa wewnętrznego; zgodnie z art. 19 ust. 8 Konstytucji MOP ratyfikacja konwencji nie może mieć wpływu na żadną ustawę, decyzję, zwyczaj lub układ zapewniający zainteresowanym pracownikom warunki korzystniejsze aniżeli te, które przewiduje konwencja. Zatem wpływ konwencji na rozwój prawa pracy może mieć tylko charakter postępowy. Jeżeli treść ratyfikowanej konwencji na to pozwala, można ją stosować *proprio vigore*.

Wszelkie akty uchwalane przez organizacje międzynarodowe, w których uczestniczy Polska, odnoszące się do stosunków prawa pracy, stanowią źródło prawa pracy. Należą do nich: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych; Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych; obydwie przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w grudniu 1966 r., a ratyfikowane przez Polskę w 1977 r.; Europejska Karta Społeczna (Socjalna) z 1961 r., zmieniona w 1991 r., a ratyfikowana przez Polskę w 1997 roku.

Akty te koncentrują się na takich kwestiach, jak: wolność pracy; prawo do pracy i odpowiednich warunków pracy; zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu i prawo do sprawiedliwego wynagrodzenia; wolność związkowa i prawo do rokowań zbiorowych oraz do-stajku.

W systemie źródeł prawa europejskiego wyróżnia się źródła prawa pierwotnego – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską – Traktat Rzymski z 1957 r., wielokrotnie zmieniany, m.in. – Jednolitym Aktem Europejskim z 1987 r., Traktatem z Maastricht z 1992 r. i Traktatem Amsterdamskim z 1997 r., oraz źródła prawa wtórne, na które w odniesieniu do szeroko rozumianych stosunków pracy składają się rozporządzenia i dyrektywy. Rozporządzenie bezpośrednio wiąże państwa członkowskie Unii i bezpośrednio, na zasadzie pierwszeństwa, obowiązuje w nim. Dyrektywa jest skierowana do państw członkowskich i wiąże je co do celów, pozostawiając im swobodę co do formy i środków wykonania dyrektywy (art. 249 Traktatu).

Celem prawa wspólnotowego jest harmonizacja systemów prawnych państw członkowskich. Odbyna się to bądź bezpośrednio poprzez zastąpienie prawa krajowego prawem wspólnotowym (szczególną rolę odgrywają tu rozporządzenia: rozporządzenie 1612/68 w sprawie swobody przepływu pracowników w ramach Wspólnoty¹ oraz

¹ Dz.Urz. L 257 z 19.10.1968, s. 2.

rozporządzenie EWG nr 3820/85 o czasie pracy kierowców dużych pojazdów pasażerskich oraz pojazdów towarowych), bądź pośrednio poprzez dostosowanie prawa wewnętrznego do dyrektyw. Istotnymi dyrektywami z punktu widzenia prawa pracy są:

1) dyrektywa 83/477/EWG z 19 września 1983 r. w sprawie ochrony pracowników przed ryzykiem związanym z narażeniem na działanie azbestu w miejscu pracy (druga dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 8 dyrektywy 80/1107/EWG)¹;

2) dyrektywa 89/188/EWG z 12 czerwca 1989 r. w sprawie wprowadzenia środków w celu poprawy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w miejscu pracy²;

3) dyrektywa 89/654/EWG z 30 listopada 1989 r. dotycząca minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscu pracy (pierwsza dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG)³;

4) dyrektywa 89/655/EWG z 30 listopada 1989 r. dotycząca minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny użytkowania sprzętu roboczego przez pracowników podczas pracy (druga dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG)⁴;

5) dyrektywa 89/656/EWG z 30 listopada 1989 r. w sprawie minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia pracowników korzystających z wyposażenia ochrony osobistej (trzecia dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG)⁵;

6) dyrektywa 90/269/EWG z 29 maja 1990 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa podczas ręcznego przemieszczania ciężarów w przypadku możliwości wystąpienia zagrożenia, zwłaszcza urazów kręgosłupa pracowników (czwarta szczegółowa dyrektywa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG)⁶;

7) dyrektywa 90/270/EWG z 29 maja 1990 r. w sprawie minimalnych wymagań w dziedzinie bezpieczeństwa i zdrowia przy pracy z urządzeniami wyposażonymi w monitory ekranowe (piąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG)⁷;

8) dyrektywa 91/322/EWG z 29 maja 1991 r. w sprawie ustalenia indykatywnych wartości granicznych w wykonaniu dyrektywy 80/1107/EWG w sprawie ochrony pracowników przed ryzykiem związanym z narażeniem na działanie czynników chemicznych, fizycznych i biologicznych w miejscu pracy⁸;

9) dyrektywa 91/383/EWG z 25 czerwca 1991 r. uzupełniająca środki mające wspierać poprawę bezpieczeństwa i zdrowia w pracy pracowników pozostających w stosunku pracy na czas określony lub w czasowym stosunku pracy⁹;

¹ Dz.Urz. WE L 263 z 24.09.1983 ze zm.

² Dz.Urz. WE L 183 z 29.06.1989 ze zm.

³ Dz.Urz. WE L 393 z 30.12.1989 ze zm.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Dz.Urz. WE L 156 z 21.06.1990 ze zm.

⁷ Dz.Urz. WE L 56 z 21.06.1990 ze zm.

⁸ Dz.Urz. WE L 177 z 5.07.1991 ze zm.

⁹ Dz.Urz. WE L 206 z 29.07.1991 ze zm.

10) директива 91/533/EEG z 14 października 1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy dotyczącego informowania pracowników o warunkach stosowanych do umowy lub stosunku pracy¹;

11) директива 92/57/EEG z 24 czerwca 1992 r. w sprawie wprowadzenia w życie minimalnych wymagań w zakresie bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w miejscach tymczasowych lub ruchomych budów (ósma dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EEG)²;

12) директива 92/58/EEG z 24 czerwca 1992 r. w sprawie minimalnych wymagań dotyczących znaków bezpieczeństwa i/lub zdrowia w miejscu pracy (dziewiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EEG)³;

13) директива 92/85/EEG z 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracowników w ciąży, pracowników, które niedawno rodziły, i pracowników karmiących piersią (dziesiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EEG)⁴;

14) директива 94/33/WE z 22 czerwca 1994 r. w sprawie ochrony pracy osób młodych⁵;

15) директива 96/34/WE z 3 czerwca 1996 r. w sprawie Porozumienia ramowego dotyczącego urlopu rodzicielskiego zawartego przez Europejską Unię Konfederacji Przemysłowych i Pracodawców (UNICE), Europejskie Centrum Przedsiębiorstw Publicznych (CEEP) oraz.

А.М. Лушников,

д.ю.н., д.и.н., профессор,

зав. кафедрой трудового и финансового права,

Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова

Г.Ф. Шершеневич и генезис науки трудового права

Сразу оговоримся, что к числу первых ученых-трудоуков Г.Ф. Шершеневич может быть отнесен с большой долей условности. Однако его вклад в формирование новой науки сопоставим с вкладом других видных цивилистов той же эпохи⁶.

Г.Ф. Шершеневич выделялся широтой подхода к проблеме правового регулирования наемного труда, которое в то время осуществлялось договором личного найма с учетом специфики, определяемой специальным законодательством по видам деятельности (фабричные рабочие, сельскохозяйственные рабочие, рабочие горных промыслов, торговые служащие и др.). Сейчас сложно сказать о том, поддерживал бы или нет ученый выделение в качестве отдельного типа трудовой договор,

¹ Dz.Urz. WE L 288 z 18.10.1991 ze zm.

² Dz.Urz. WE L 245 z 26.08.1992 ze zm.

³ Dz.Urz. WE L 245 z 26.08.1992 ze zm.

⁴ Dz.Urz. WE L 348 z 28.11.1992 ze zm.

⁵ Dz.Urz. WE L 216 z 20.08.1994 ze zm.

⁶ См. подробнее: Лушников А.М., Лушникова М.В. Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. В 2 т. Т. 1. Ярославль, 2010. С. 196–200, 237–259, 386–412 и др.

а в виде самостоятельной отрасли — трудовое право. История в данном случае точно не имеет сослагательного наклонения, однако в своих трудах ученый подошел очень близко к необходимости правового обособления той области общественных отношений, которые связаны с наемным, не самостоятельным, коллективным трудом, но не могут эффективно регулироваться в рамках классических гражданско-правовых отношений и опосредоваться договором личного найма.

Далее мы остановимся на тех аспектах научного наследия уважаемого профессора, которые повлияли на генезис науки трудового права в России.

1. Формированию данной науки способствовал комплексный анализ феномена права, который был присущ творчеству Г.Ф. Шершеневича. По его мнению, сущность права не могла быть раскрыта вне социологического и философского подхода к праву, в том числе специфическим трудовым правам. Это касается, например, права на отдых, на ограничение времени работы, на безопасные условия труда, на заключение коллективных договоров, на объединение, на забастовку и др., которые сложно выделить в структуре имущественных и даже личных неимущественных гражданских прав. Необходимость особого правового режима регулирования отношений наемного труда выводилась, таким образом, из потребностей значительного слоя населения (приказчиков, фабричных рабочих, наемной прислуги), которые оказывались в подчиненном положении и являлись экономически слабой стороной договорных отношений. При этом теоретические исследования он связывал с догматическим анализом действующего законодательства, а затем выходил на практические предложения в сфере правотворчества.

2. Политические воззрения и соответствующая деятельность уважаемого ученого в партии кадетов прямо вывели его на необходимость позитивного регулирования трудовых отношений. Он был подлинным гуманистом, сочувственно относился к социально незащищенным слоям населения и считал, что право должно защищать слабых. Так, в 1906—1907 гг. под председательством Г.Ф. Шершеневича в Москве работала особая комиссия при ЦК партии кадетов по вопросам о договоре найма и о нормировании рабочего времени служащих в торговых заведениях. Этой комиссией было разработано два законопроекта: о найме торговых служащих и о нормальном отдыхе торговых служащих¹. Впоследствии Габриэль Феликсович выступил редактором перевода сборника «Законы по вопросу об обеспечении нормального отдыха торговых служащих» (М., 1910). Таким образом, он не просто признавал необходимость специального правового регулирования наемного труда по его отдельным видам, но и предлагал нормировать рабочее время и время отдыха наемных работников, а также создать для них безопасные условия труда.

Уважаемый профессор был причастен к формулированию программных положений кадетской партии по «рабочему вопросу». Они включали в себя сокращение рабочего дня и, соответственно, увеличение времени отдыха, обязательное социальное страхование рабочих с «отнесением издержек за счет предпринимателей», предоставление свободы союзов, стачек и иных коллективных действий рабочих.

3. Г.Ф. Шершеневич признавал выделение рабочего (прообраз трудового) законодательства, причем его частные начала он связывал с рабочим договором (осо-

¹ См.: Проект закона о нормальном отдыхе торговых служащих, выработанный взамен закона 15 ноября комиссией, организованной при центральном комитете партии народной свободы под председательством профессора Г.Ф. Шершеневича // Новь. 1907. № 44. 23 февраля.

бой разновидностью договора личного найма), а публичные- с государственным контролем и надзором за фабричным законодательством (через фабричную инспекцию) и особенно за охраной труда. Он дал подробный анализ предпосылок возникновения фабричного (трудового) законодательства, отметив, что защита рабочих началась с детей и женщин и постепенно, с ослаблением идеи экономического либерализма, была перенесена на взрослых¹. От себя добавим, что с некоторыми добавлениями данные предпосылки возникновения трудового права поддерживаются и современной наукой.

4. Г.Ф. Шершеневич всесторонне исследовал рабочий (прообраз трудового) договор². Он констатировал, что к этому договору применяются общие постановления о личном найме. Однако основной правовой массив составляют специальные фабричные законы, нормы которых будут иметь верховенство, и только при отсутствии таковых будут применяться общие гражданские законы.

Примечательно, что Г.Ф. Шершеневич выступил за введение жесткого максимума рабочего времени, от которого недопустимо отступление в силу решения любого административного органа³.

Главной обязанностью работодателя он обозначил своевременную выдачу вознаграждения работнику. Ее охрану от злоупотреблений работодателя ученый считал важнейшей задачей законодательства. Отсюда критика положения законодательства о том, что штрафы за неисправную работу работника могут налагаться «соответственно свойству неисправности». Г.Ф. Шершеневич обоснованно назвал последнюю фразу «платоническим пожеланием закона», так как в этом случае наложение штрафа в пределах, установленных законом, будет всецело зависеть от усмотрения администрации. Примечательно, что ученый выступил за разделение материальной и дисциплинарной ответственности рабочего, считая первую «домашним взысканием» (например, штраф за брань), а вторую связывал с судебным взысканием возмещения убытков, причиненных имуществу работодателя. Также уважаемый профессор считал необходимым оплачивать труд работника, если он предоставляется, но работодатель не может его использовать по случайным обстоятельствам⁴. Это означало требование, в современных терминах, оплачивать вынужденный простой не по вине работника.

5. Наконец, большая заслуга принадлежит Г.Ф. Шершеневичу в разработке учения о торговых сделках, субъектами которых были приказчики и торговые служащие. Как уже указывалось, он принимал участие в законопроектной деятельности по данной проблематике, объяснял свою позицию в средствах массовой информации⁵. При этом он прямо выходил на проблемы правового регулирования трудовых отношений на уровне догматического исследования⁶.

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Курс торгового права. Т. 1. М., 2003 (по изд. 1908 г.). С. 249–250.

² Там же. С. 252–267.

³ Там же. С. 256.

⁴ Там же. С. 260–262.

⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Правительство и приказчики // *Новь*. 1906. № 1; *Он же.* Приказчики и политические партии // *Новь*. 1907. № 21 и др.

⁶ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права. М., 1994 (по изд. 1914 г.). С. 87–98; *Он же.* Курс торгового права. С. 220–249 и др.

Ученый в качестве специального субъекта выделил торгового ученика. Если торговые служащие работают из-за вознаграждения, то ученики — из-за обучения. В первом случае хозяин вознаграждает служащего за его работу, а во втором — вознаграждает себя работой ученика¹. Напомним, что воспитанник профессора по Казанскому университету А.А. Симолин (1879–1919) в 1911 г. защитил одну из первых магистерских работ, посвященных договору промыслового ученичества² (прообразу современного ученического договора, регулируемого в настоящее время нормами трудового права).

Весьма своеобразно оказался связан с трудовым правом сын ученого, известный поэт, переводчик, драматург, музыкальный и литературный критик Вадим Габриэлевич Шершеневич (1893–1942). Он дал развернутые рецензии на спектакли Московского театра оперетты, где с 1938 по 1941 г. главным дирижером и директором был видный ученый — трудовик и теоретик права Н.Г. Александров (1908–1974).

В заключение еще раз отметим, что Г.Ф. Шершеневич не сделал прямого вывода об отраслевом обособлении среди договоров личного найма особого трудового договора или ряда договоров по видам деятельности, однако он к этой идее подошел достаточно близко, а особая правовая природа фабричного законодательства у него не вызывала сомнения.

Е.М. Разумовская,

д.э.н., профессор,

зав. кафедрой менеджмента сферы услуг,

Казанский (Приволжский) федеральный университет;

В.В. Цаликова,

аспирант кафедры менеджмента сферы услуг,

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Правовое регулирование социального обслуживания лиц с ограниченными возможностями здоровья (проблемы и противоречия законопроекта «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»)

В настоящее время отношения субъектов в системе социального обслуживания регулируются следующими основными нормативно-правовыми документами: Конституцией РФ, ГК РФ, федеральными законами от 2 августа 1995 г. «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» и от 24 ноября 1995 г. «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации».

Новый законопроект «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» (далее — Законопроект) устанавливает правовые, организа-

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. I. С. 246–249.

² См.: Симолин А.А. Договор промыслового ученичества. Казань, 1910).

ционные и экономические основы социального обслуживания, права человека и определенных групп населения на социальное обслуживание, определяет критерии для признания граждан нуждающимися, виды социальных услуг и порядок их предоставления, права и обязанности организаций, индивидуальных предпринимателей, благотворителей и других субъектов, предоставляющих услуги, полномочия органов государственной власти Российской Федерации и субъектов Федерации, права и обязанности социальных работников.

В Законопроекте (ст. 3) содержится определение социального обслуживания как деятельности по предоставлению социальных услуг для преодоления трудной жизненной ситуации.

В ст. 4 определяются основные принципы социального обслуживания населения: 1) соблюдение прав человека, уважение достоинства личности; 2) доступность социального обслуживания; 3) осуществление социального обслуживания исходя из индивидуальной нуждаемости гражданина (семьи) в социальных услугах; 4) направленность социального обслуживания на максимально возможное продление пребывания получателя социальных услуг в привычной социальной среде; 5) добровольность социального обслуживания; 6) конфиденциальность информации о получателях социальных услуг; 7) приоритетность социального обслуживания несовершеннолетних, находящихся в трудной жизненной ситуации.

Нельзя не отметить, что в Законопроекте четко не отражены права на получение социальной помощи людей с ограниченными возможностями здоровья, в частности, не предусматривается поддержка больного ребенка как полноценного члена общества, а между тем с раннего детства начинается формирование личности. Думается, что при разработке законопроекта следовало учесть предложения и проблемы родителей детей-инвалидов и общественных организаций.

В Законопроекте также отсутствуют нормы, регулирующие особенности предоставления социальных услуг лицам, признанным недееспособными, а также несовершеннолетним гражданам.

Статья 12 законопроекта содержит перечень оснований, по которым гражданин может быть признан находящимся в трудной жизненной ситуации: частичная или полная утрата способности к самообслуживанию и (или) передвижению в связи с преклонным возрастом (женщины старше 55, мужчины старше 60 лет), болезнью и (или) инвалидностью; сиротство, безнадзорность и беспризорность несовершеннолетних; семейное неблагополучие (конфликты, жестокое обращение в семье, асоциальное поведение детей и (или) родителей); наличие ВИЧ-инфицированных членов семьи, членов семьи с устойчивой наркотической или алкогольной зависимостью; наличие в семье инвалидов и (или) детей-инвалидов; признание гражданина (семьи) малоимущим (малоимущей) в установленном порядке; отсутствие определенного места жительства и определенных занятий, в том числе в связи с освобождением из мест лишения свободы; ущерб в результате чрезвычайных ситуаций, вооруженных и межэтнических конфликтов, противоправных действий других лиц.

Пункты 1, 4, 8 определяют лиц с ограниченными возможностями здоровья.

Оценка индивидуальной нуждаемости в социальном обслуживании ставится в зависимость от состояния здоровья, семейного положения, жилищных условий, материальной обеспеченности, психологической угрозы (ст. 16 законопроекта).

Критерии оценки утверждаются Министерством здравоохранения и социального развития РФ, порядок оценки – органами государственной власти субъектов РФ. Следовательно, единообразие в социальном обслуживании прямым образом нарушается и ставится от возможностей бюджета каждого субъекта, включая потенциальные злоупотребления в регионах.

«Доступность среды» предлагается реализовывать через применение единого на территории субъекта РФ порядка и регламента предоставления социальных услуг. Так, на уровень субъектов РФ отдано решение следующих основополагающих вопросов:

- утверждение регламентов предоставления социальных услуг; требования к регламентам устанавливаются Правительством РФ;
- утверждение государственных стандартов социальных услуг;
- утверждение порядка и условий предоставления социальных услуг, а также утверждение формы договора на получение социальных услуг – государственный контроль осуществляет Министерство здравоохранения и социального развития РФ (ст. 33 Законопроекта);
- установление перечня факторов, обуславливающих индивидуальную потребность граждан (семей) в соцуслугах;
- утверждение формы и порядка заключения договора об оплате за проживание при получении социальных услуг в стационарных условиях;
- установление порядка направления граждан (семей) в специальные стационарные учреждения;
- утверждение перечня, порядка и условий предоставления дополнительных социальных услуг сверх установленного государственного задания на платной основе;
- организация поддержки региональных социально-ориентированных некоммерческих организаций и добровольцев – поставщиков социальных услуг;
- установление мер социальной поддержки социальных работников, медицинских работников бюджетных, автономных и казенных учреждений.

Кроме того, ст. 13 Законопроекта обязывает граждан (их законных представителей) обращаться в организации соцобслуживания только на основе письменного либо электронного обращения по форме, утверждаемой органами государственной власти субъектов РФ. Сложно представить ситуацию, когда лица с ограниченными возможностями здоровья, а также пострадавшие от чрезвычайных ситуаций будут выполнять эти требования, если при них нет законных представителей.

В подпп. 1 п. 3 ст. 13 Законопроекта определены возрастные критерии пожилых лиц, которым предоставляется обслуживание в стационарных условиях: женщины старше 55 и мужчины старше 60 лет и инвалиды в связи с частичной или полной утратой возможности самостоятельно удовлетворять свои основные жизненные потребности. В эту категорию не попадают, например, лица, которые в соответствии с пенсионным законодательством, отработали определенный стаж на работе с вредными и (или) опасными условиями труда, не признанные инвалидами, для которых пенсионный возраст наступает ранее обозначенного в Законопроекте, что, по мнению автора, является некорректным, так как работа на вредном производстве неизбежно влечет за собой потерю здоровья и создает угрозу инвалидности.

Л.В. Санникова,

д.ю.н., профессор, ведущий научный сотрудник,
Институт государства и права РАН

Частноправовая природа трудового договора

Процесс индустриализации в России в конце XIX — начале XX в., как и в промышленно развитых западных странах, существенно изменил взгляды общества на наемный труд, особенно в сфере крупного промышленного производства. Вмешательство государства в область отношений по применению наемного труда для осуществления социальной политики было неизбежно и необходимо.

Особенно это влияние ощущалось при правовом регулировании найма работников на фабрично-заводские работы. Данные отношения регулировались преимущественно нормами Устава о промышленном труде. По словам Г.Ф. Шершеневича, «общий характер этих норм отличается стремлением ограничить свободу соглашения, способную в действительности повлечь за собой необходимое подчинение рабочего требованиям работодателя»¹.

Устав о промышленном труде составил в последующем основу КЗоТ РСФСР 1922 г. Соответственно, конструкция рабочего договора, рассчитанная на рабочих промышленных предприятий, была взята за основу социалистического трудового договора. В науке советского трудового права отрицался имущественный характер социалистического трудового договора, а сам он определялся как «организационно-правовая форма применения труда граждан в системе государственных предприятий (учреждений, организаций)»². Правовое положение работника определялось в большей степени трудовым законодательством и локальными нормативными актами. В сферу индивидуально-правового регулирования включались лишь условия о месте работы и трудовой функции.

В период перехода к рыночной экономике очевидная неэффективность конструкции социалистического трудового договора потребовала создания новой правовой формы найма труда, адекватной складывающимся социально-экономическим отношениям. Но к этому оказались не готовы ни ученые в сфере трудового права, ни законодатель, ни само общество. Поэтому развитие индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений происходило в определенной степени самопроизвольно под влиянием целого ряда факторов.

Основным фактором, повлекшим существенную трансформацию социалистического трудового договора, можно назвать децентрализацию правового регулирования трудовых отношений. Государство, раздавая значительную часть своего имущества в ходе приватизации, постепенно утрачивало функцию по существу единственного работодателя (в широком смысле), а следовательно, не могло использовать старые административно-командные методы при определении условий найма рабочей силы, сохранив за собой лишь установление минимума социальных гарантий. Кроме того, кризис в экономике страны не позволил продолжать патер-

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М., 1995. С. 369.

² Советское трудовое право: учебник / под ред. А.С. Пашкова, О.В. Смирнова. М., 1988. С. 249.

налистскую политику в области труда. Таким образом, государство было вынуждено отказаться от своей ведущей роли в воздействии на трудовые отношения, что привело к усилению роли договорного регулирования.

Однако тенденция к договорному регулированию отношений по применению наемного труда не нашла в должной мере отражения в трудовом законодательстве. Принятый в 2001 г. Трудовой кодекс РФ не внес существенных изменений в положения о трудовом договоре. Недостаточная гибкость трудового законодательства в сфере индивидуально-договорного регулирования в условиях рыночной экономики породила на практике многочисленные нарушения прав и интересов работников. Сложилась ситуация при которой высокие социальные гарантии, закрепленные в ТК РФ, практически полностью игнорируются как работодателями, так и работниками. Как справедливо заявил председатель Комитета РСПП по рынку труда и кадровым стратегиям М. Прохоров: «Трудовой кодекс не удовлетворяет уже никого, но, по-видимому, не хватает воли, чтобы это признать»¹.

Нельзя не признать, что трудовое законодательство по-прежнему нуждается в кардинальном реформировании, которое с принятием ТК РФ так и не произошло. Но вектором реформ должен быть не столько отказ от социальных гарантий, за что, собственно, ратует М. Прохоров и другие крупные работодатели в лице РСПП, сколько в возможности установления более гибких рамок трудового законодательства.

Такое кардинальное реформирование представляется осуществимым лишь при отнесении трудового права к частноправовой сфере. В большинстве развитых зарубежных стран трудовое право, будучи при этом достаточно обособлено, базируется на частноправовых принципах. При этом основным институтом, определяющим частноправовую природу трудового права, является институт трудового договора.

В советский период теоретическое обоснование публично-правового регулирования трудовых отношений базировалось, как указывалось выше, на отрицании наемного характера труда. Наемные отношения характеризовались как эксплуататорские, а договор личного найма отождествлялся с договором купли-продажи рабочей силы, т.е. с имущественной сделкой. Характеристика договора личного найма как имущественной сделки традиционно, начиная с конца XIX в., подвергалась критике в правовой литературе. При этом правоведы XIX в., выступая против такого определения договора личного найма, имели в виду прежде всего несовершенство системы обязательств романо-германской системы права, в которой договор личного найма и договор найма вещей объединялись в один договорный тип. Такое объединение давало основание для отождествления способностей человека к труду с вещами. Отметим, что в российском дореволюционном гражданском праве договор личного найма относился к личным обязательствам.

Современные отечественные ученые в сфере трудового права, преодолев идеологические барьеры, вновь вернулись к сделочной теории трудового договора. Наиболее последовательно выступает за признание категории «трудовая сделка» В.М. Лебедев. По его мнению, «трудовой договор — это возмездная двусторонняя сделка, взаимное соглашение работодателя и нанимающегося о поступлении —

¹ http://www.vedomosti.ru/politics/news/1321144/prohorov_predlozhil_pomenyat_trudovoj_kodeks#ixzz2IWjZBIW3

приеме на работу на определенных условиях»¹. Квалификация трудового договора в качестве сделки свидетельствует о признании его частноправовой природы.

Индивидуальными средствами автономного правового регулирования трудовых отношений признает трудовые сделки и Н.И. Дивеева. При этом она указывает, что автономное (договорное) правовое регулирование трудовых отношений «базируется на частноправовых началах и обусловливается активностью самих участников правоотношений на основе их независимости, равенства»². Их позицию разделяет и Д.В. Агашев, подчеркивая, что «трудовая сделка — это не прихоть ученых, а объективная реальность, не учитывать которую было бы ошибочно и недальновидно»³.

Сделочная теория трудового договора поддерживается далеко не всеми учеными в сфере трудового права⁴. Но отрицание сделочной теории трудового договора не влияет на признание ими частноправовой природы трудового договора.

Вместе с тем ряд ученых в сфере трудового права считают, что трудовой договор носит частно-публичный характер. По мнению Т.В. Русских, частно-публичный характер трудового договора вытекает из «специфики трудового права как частно-публичной отрасли права»⁵. И.С. Якимова обосновывает свой вывод о частно-публичной природе трудового договора тем, что он «несет в себе черты взаимодействия между работником и работодателем по вопросу урегулирования частично не совпадающих интересов, с одной стороны, а с другой, активно регулируется и охраняется таким общественным правовым институтом как государство»⁶.

Думается, что приведенных аргументов явно недостаточно для теоретического обоснования такой категории, как «частнопубличный договор». Кроме того, такая характеристика не вносит ясность в понимание механизма индивидуально-правового регулирования трудовых отношений.

Признание частноправовой природы трудового договора имеет исключительное значение для отнесения трудового права к сфере частного права, так как трудовой договор занимает центральное место в механизме правового регулирования трудовых отношений. Это в свою очередь позволило бы использовать в трудовом праве цивилистические конструкции, универсальность которых проверена веками.

¹ Лебедев В.М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск, 1998 (http://www.pravo.vuzlib.org/book_z546_page_20.html).

² Там же. С. 21.

³ Агашев Д.В. О проблеме формирования института сделок в трудовом праве России // Вестник Томского гос. ун-та. Право. 2012. № 2 (4) С. 57 (<http://sun.tsu.ru/mminfo/000063105/pravo/04/image/04-055.pdf>).

⁴ См., например: Лушиков А.М., Лушикова М.В. Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 2: Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. М., 2009. С. 277–286.

⁵ Русских Т.В. Свобода сторон трудового договора при его заключении, изменении, расторжении и пределы ее ограничения: автореф. дис. ... к.ю.н. Ижевск, 2011.

⁶ Якимова И.С. Правовая природа и сущность современного трудового договора: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010.

РАЗДЕЛ 5. ОТРАЖЕНИЕ ВЗГЛЯДОВ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА В СОВРЕМЕННОЙ НАУКЕ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО И АРБИТРАЖНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

А.Ф. Бакулин,

доцент кафедры гражданского права и процесса,
Марийский государственный университет,
заслуженный юрист РФ

Мировая сделка и мировое соглашение

Понятие мировой сделки утрачено современным российским гражданским правом. Само по себе соглашение, регулирующее порядок разрешения спорных вопросов при неуверенности каждой из сторон в своей позиции, перестало использоваться в качестве особого вида договора. Между тем под именем мировой сделки в начале XX в. традиционно понимался договор, в силу которого контрагенты обязуются ко взаимным уступкам ввиду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав. Г.Ф. Шершеневич специально обращал внимание на то, что цель мировой сделки состоит в том, чтобы ценой обоюдных жертв устранить или предупредить споры, процессы, памятуя, что худой мир лучше доброй ссоры¹.

В действующем ГК РФ отсутствует указание на мировое соглашение сторон как на основание прекращения или изменения взаимных обязательств. Требования к его форме и содержанию установлены только процессуальным законодательством. Представляется, что мировое соглашение пришло на смену мировой сделке прежде всего потому, что оно ныне может иметь своим предметом не только гражданско-правовые, но и иные условия публичного характера, а также и потому, что его наименованием подчеркивается договорная природа соглашения и исключаются односторонние мировые действия.

1. За внесудебными или судебными мировыми сделками признавались равные юридические последствия независимо от порядка их совершения соответственно у нотариуса или в судебном протоколе. Они создавали новое договорное правоотношение и прекращали ранее установленные обязательства.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. § 47: Мировая сделка. М., 2005. С. 125. (Классика российской цивилистики)

Статья 141 АПК РФ позволяет считать мировое соглашение обязательным для сторон судебного спора или исполнительного производства лишь с момента его утверждения арбитражным судом путем вынесения определения о прекращении производства по делу. Тем самым в прямом понимании мировое соглашение может быть именно судебным, оно предназначено для завершения судебного процесса и состоит в добровольном разрешении тех разногласий, которые образовали предмет спора по инициативе одной из сторон. Поэтому мировое соглашение не становится договором с момента его подписания участниками дела и не влечет для них правовых последствий, если арбитражный суд отказал в его утверждении. Например, соглашение о новации между взыскателем и должником, совершенное на стадии исполнительного производства, но не утвержденное судом в качестве мирового соглашения, является незаключенным¹.

Внесудебное мировое соглашение, неизвестное ГК РФ и АПК РФ, по сути, неверно и произвольно именуется сторонами, поскольку в зависимости от включенных в него существенных условий оно представляет собой соглашение о новации, зачете, об отступном, об изменении договора, об уступке права требования и т.д.

2. Процессуальный характер мирового соглашения предопределяет и способ его оспаривания. Мировые сделки могли признаваться недействительными, в том числе со ссылкой на обман, заблуждение, недееспособность, либо расторгаться судом по требованию добросовестной стороны против неисполнительной. Однако мировые соглашения получают законную силу в результате их утверждения судебным актом. Следовательно, незаконность мирового соглашения, не соответствующего гражданскому законодательству, не может быть оспорена по правилам предъявления иска. Заинтересованное лицо вправе с соблюдением процессуального порядка направить жалобу в арбитражный суд кассационной инстанции.

3. Полностью применимы к мировому соглашению отмеченные Г.Ф. Шершеневичем признаки мировой сделки: двусторонность и возмездность договора; сомнение сторон в неопровержимости их прав, неуверенность в благополучном исходе процесса; взаимность уступок².

В современной судебной-арбитражной практике формируется позиция, в силу которой при заключении мирового соглашения его условия избираются с соблюдением норм о свободе договора, позволяющих сторонам выйти за пределы предъявленных в суд требований. Мировое соглашение, выступая в качестве процессуального средства защиты субъективных прав на основе добровольного урегулирования взаимных претензий и утверждения взаимных уступок, по своему существу является сделкой, вследствие чего к нему помимо норм процессуального права подлежат применению нормы гражданского права о договорах, в том числе правила о свободе договора (ст. 421 ГК РФ). В силу принципа свободы договора мировое соглашение может содержать любые не противоречащие закону и иным правовым актам условия³.

¹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 414 Гражданского кодекса Российской Федерации», п. 7 // СПС «Гарант».

² См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 126–127.

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 октября 2012 г. № 8035/12 // СПС «Гарант».

Тем самым возобладал теоретический подход о допустимости окончательного разрешения сторонами в мировом соглашении всего правового конфликта, а не только тех разногласий, которые были переданы в суд. Такое соглашение влечет за собой ликвидацию спора о праве в полном объеме, что, например, означает потерю права сторон на выдвижение новых требований (эстоппель), вытекающих как из основного обязательства, так и из дополнительных по отношению к основному обязательств¹. Однако, по нашему мнению, возможность свободного изложения условий мирового соглашения все же ограничена обязанностью сторон обосновать их связь с предметом спорного договорного правоотношения. В соглашение не могут быть произвольно включены условия из иных обособленных от предмета спора договоров без представления каких-либо документальных доказательств, иначе при его утверждении будет прекращено производство по тому делу, которое по утверждаемым разногласиям не возбуждалось и не рассматривалось.

4. Если при проверке мировой сделки судом в протоколе фиксировалось лишь согласие сторон на окончание дела миром, то в целях утверждения мирового соглашения современный суд обязан осуществить комплексное исследование законности всех его условий. Это сложная и достаточно длительная процедура, предполагающая истребование дополнительных доказательств. Судом оцениваются, в частности, полномочия сторон на совершение сделки, возможность нарушения прав третьих лиц, не участвующих в соглашении, наличие права собственности на имущество, передаваемое по соглашению, одобрение сделки органами управления юридического лица, исполнимость соглашения.

При этом арбитражный суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц (ч. 6 ст. 141 АПК РФ). Так, в доверенности представителя должно быть специально оговорено право на подписание мирового соглашения. Недоказанность права собственности на вещи, подлежащие передаче в качестве отступного в счет погашения долга, исключает утверждение мирового соглашения. Аналогичным образом отклоняется ходатайство сторон, если мировое соглашение по данным бухгалтерского баланса соответствует признакам крупной сделки, но участвующей в деле коммерческой организацией не представлено решение общего собрания или совета директоров об одобрении мирового соглашения. Не подлежит утверждению мировое соглашение, если его условие фактически предусматривает только полный отказ истца от исковых требований без встречного предоставления.

По смыслу ч. 4 ст. 49 и ч. 2 ст. 138 АПК РФ возможность окончания дела заключением мирового соглашения установлена только для истца и ответчика, между которыми имеется спор. Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований относительно предмета спора, субъектами спорного материального правоотношения не являются, потому не могут быть участниками мирового соглашения, их согласие на его заключение не требуется.

5. В дореволюционном гражданском праве мировая сделка сводилась чаще всего к новации². По смыслу ч. 2 ст. 140 АПК РФ мировое соглашение должно содержать согласованные сторонами сведения об условиях, о размере и о сроках испол-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2011 г. № 13903/10 // СПС «Гарант».

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 127.

нения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой, об уступке прав требования, о полном или частичном прощении либо признании долга и иные условия, не противоречащие федеральному закону.

Закон не наделяет арбитражный суд правом изменять содержание мирового соглашения. Если его отдельные части противоречат закону, в утверждении мирового соглашения должно быть отказано. Невозможно утверждение арбитражным судом и дополнительного соглашения к мировому соглашению в связи с недопустимостью принятия судебных актов по прекращенному производством делу. АПК РФ прямо не предусмотрена возможность разъяснения мирового соглашения. Неясность условий мирового соглашения, затрудняющая его дальнейшее исполнение, может служить основанием для обжалования судебного акта.

Таким образом, мировое соглашение имеет двойственную правовую природу мировой гражданско-правовой сделки (договора) и процессуального акта, утверждаемого судом.

Б.А. Булаевский,

к.ю.н., доцент, ведущий научный сотрудник,
отдел гражданского законодательства и процесса,
Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве РФ

Предположения как основания правовых позиций высших судов

В последнее время с новой силой развернулась дискуссия о судебском усмотрении. Правда, на этот раз индивидуальное судебское усмотрение противопоставлено общей правовой позиции высшего суда. Как отметил председатель ВАС РФ, «обеспечение единства судебной системы посредством формулирования правовых позиций — магистральный путь нашего развития», а немногим ранее констатировал, что «каждый судья имеет право, изучив правовую позицию высшего суда и аргументировав, почему в этом деле она неприменима, отказаться от нее и сформулировать свою».

Допущение формулировать собственную позицию совсем не означает, что судья «в погоне за справедливостью» может или должен отступать от закона. Как верно подметил в свое время Г.Ф. Шершеневич, «справедливость должна лежать в основе законодательной, а не судебной и административной деятельности. Административные меры должны быть целесообразны, но всегда основаны на точном смысле закона, а не на применении его по целесообразности. О соответствии закона со справедливостью нужно думать тогда, когда закон изготавливается, а не тогда, когда он применяется».

Но тогда каковы же пределы и возможные сферы судебского усмотрения?

Конечно же, всякое дело индивидуально богатством фактов и именно факты способны низвергнуть выводы, положенные в основание «универсальных» правовых позиций. Однако широкое поле для свободного судебного усмотрения лежит

и в плоскости предположений о фактах. Правда, в отличие, например, от Франции Российская Федерация не имеет столь четких указаний о допустимости серьезных предположений при формулировании судом своих выводов.

При более внимательном изучении вопроса оказывается, что курс на правовые позиции, по сути, предлагает средство преодоления этого недостатка. Принимая постановления Пленумов, высшие судебные инстанции могут сориентировать правоприменителей на допустимые разумные предположения, обусловленные, как правило, самой природой спорных отношений. Но эти предположения лишь общие ориентиры. Поэтому не должны исключаться ситуации, которые могут поставить под сомнение принятые за основу правовой позиции выводы.

Ярким примером изложенному могут служить положения Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством», где в п. 37 указывается, что «если поручитель докажет, что выдача поручительства за должника была обусловлена иными обстоятельствами, чем наличие общего с должником экономического интереса (например, систематическая выдача поручительств за вознаграждение является одним из видов предпринимательской деятельности поручителя), и в результате не согласованного с ним изменения условий обеспеченного обязательства оно стало заведомо неисполнимым, поручительство прекращается (п. 1 ст. 367 ГК РФ)». Данное положение оценивается как содержащее указание на презумпцию аффилированности должника и обеспечителя. И такая позиция (правда, с оговоркой) может быть поддержана, поскольку безвозмездное либо льготное обеспечение обычно предоставляется не посторонними лицами. Суть же оговорки сводится к тому, что это всего лишь так называемая фактическая презумпция, разумное («серьезное» — на французский манер) предположение. Указание на соответствующий подход в Постановлении Пленума ВАС РФ должно рассматриваться как «правовая позиция высшего суда». И возможно, со временем данная правовая позиция «переродится» в закрепленную в правовой норме презумпцию.

Еще один пример правовой позиции высшей судебной инстанции, основанной на предположении, может быть связан с положениями п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина». Без указания на конкретную норму судам рекомендуется иметь в виду, что, поскольку потерпевший в связи с причинением вреда его здоровью во всех случаях испытывает физические или нравственные страдания, факт причинения ему морального вреда предполагается. По сути, данным разъяснением утверждается о существовании презумпции морального вреда при причинении вреда здоровью гражданина. Однако, сопровождая суждение о предположении указанием на испытываемые гражданином физические и нравственные страдания во всех случаях причинения вреда здоровью, задается ориентир на невозможность опровержения такого предположения, что побуждает сомневаться в его презумптивной природе. Вместе с тем предположение о моральном вреде при причинении вреда здоровью действительно более предпочтительно, в связи с чем редакция указанного пункта нуждается в корректировке.

Если же попытаться дать оценку данной позиции, то можно утверждать, что в отличие от правовой позиции об аффилированности, являющейся не более чем ра-

зумным предположением, правовая позиция о презумптивной природе морального вреда при причинении вреда здоровью является толкованием действующих норм (ст. 151, 1100, 1101 ГК РФ). В сравнение с этим примеры разумного предположения морального вреда можно обнаружить в практике Европейского Суда по правам человека. Так, в его Постановлении от 15 января 2009 г. по делу «Бурдов (Burdov) против Российской Федерации» было специально отмечено, что «существует сильная... презумпция того, что чрезмерно длительное разбирательство причиняет моральный вред... Европейский суд находит эту презумпцию особенно сильной в случае чрезмерной задержки исполнения государством решения, вынесенного против него».

Правовые позиции, основанные на предположениях, могут формироваться и иными субъектами (в том числе судами первой инстанции, министерствами и ведомствами). Однако, как справедливо отмечается в специальных источниках, характер, содержание и роль таких позиций в правовом регулировании различны.

Выработка правовых позиций высшими судебными инстанциями занимает особое место. Они (позиции) способны предложить значительное количество высокоэффективных обобщений и сделанных на их основе предположений. А закономерным следствием их апробирования на практике может стать закрепление в правовых нормах конструкций, именуемых в праве презумпциями.

И.В. Воронцова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Марийский государственный университет

К вопросу о формах гражданского процесса

Вопрос о формах гражданского процесса в настоящее время не исследуется российскими учеными. Однако это не означает, что данный вопрос не является актуальным для науки гражданского процесса.

Еще в конце XIX в. Г.Ф. Шершеневичем была опубликована работа о конкурсном производстве, которая впоследствии составила основу Курса торгового права. Размышляя об отношении конкурсного процесса к гражданскому процессу, Г.Ф. Шершеневич поднял вопрос о возможности отнесения конкурсного процесса к форме гражданского процесса.

Сегодня вопрос о форме гражданского процесса целесообразно поднять в ракурсе исследования сущности международного гражданского процесса.

Вопрос о сущности международного гражданского процессуального права долгое время оставался без внимания. На определенном этапе, в момент начала развития процессуальных отношений с иностранными лицами, данный вопрос теории внесли в рамки международного частного права и последователи, приняв данную позицию, оставили ее без дальнейшей проработки.

В настоящее время наблюдается оживление дискуссии по поводу места международного гражданского процессуального права в науке.

На этот счет было высказано несколько точек зрения. Несмотря на это, единого мнения до сих пор не существует. Одни авторы полагают, что международный гра-

жданский процесс является частью международного частного права, другие утверждали, что международный гражданский процесс является составной частью гражданского процессуального права. По мнению третьих, международное гражданское процессуальное право является отдельной самостоятельной отраслью права.

Совершенно верной представляется точка зрения, высказанная в одном из своих трудов Н.И. Марышевой, которая заметила, что совокупность норм, регулирующих рассмотрение судами, в том числе арбитражными, гражданских дел по правоотношениям с иностранным элементом относится по существу к гражданскому и арбитражному процессу, хотя и достаточно обособлены. Однако в науке они традиционно изучаются вместе с международным частным правом, поскольку их сближает иностранная характеристика правоотношений, значительная роль международных договоров, влияние категорий международного права¹.

Самым острым вопросом в данной проблеме является отграничение международного гражданского процесса от международного частного права, так как большинство ученых относит международный гражданский процесс к науке международного частного права. Это и подтверждает представленная чуть выше позиция Н.И. Марышевой.

Такого подхода придерживается и Т.Н. Нешатаева, полагая, что международный гражданский процесс — это комплекс международных и внутригосударственных норм, являющийся институтом международного частного права и регламентирующий взаимосвязь и взаимодействие национальных и международных органов правосудия (других правоохранительных органов), которые осуществляют производство по гражданским делам с целью определения и защиты нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов личности и общества².

Следует в части согласиться с представителями данной точки зрения, так как общее у международного гражданского процесса и международного частного права, конечно, есть. Но почти во всех случаях общее — это то, что все вопросы международного гражданского процесса «следует отнести к науке международного частного права (как ее особого подраздела), ибо все они тесно связаны с другими вопросами регулирования гражданских, семейных и трудовых отношений, содержащих иностранный элемент и возникающих в условиях международной жизни»³.

Иначе, следует заметить, общее, что предопределяет во многих случаях совместное рассмотрение вопросов международного частного права и международного гражданского процесса, состоит в том, что они регулируют отношения с «иностран- ным элементом»; именно в этом смысле следует в данном случае понимать термин «международный».

В общем контексте проблематики следует отметить, что вопросы международного гражданского процесса традиционно рассматриваются в учебной литературе по гражданскому процессуальному праву, а нормы регулирующие данные вопросы закреплены в гражданских процессуальных кодексах каждого государства.

¹ См.: Международное частное право / под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 455 (автор главы — Н.И. Марышева).

² См.: *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 28.

³ *Луц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права. В 3 т. Т. 3: Международный гражданский процесс. М., 2002. С. 767.

Согласно другой позиции международный гражданский процесс входит в состав внутригосударственного гражданского процессуального права и является его частью. Так, Л.А. Лунц и Н.И. Марышева, в частности, утверждают: «Проблемы международного гражданского процесса относятся к гражданскому процессу как к отрасли права, регулирующей деятельность судов юстиции по гражданским делам, но это, — считают они, — само по себе еще не предвещает ответа на вопрос о том, к какой отрасли правоведения надо отнести обсуждаемые проблемы»¹.

А.Н. Минаков в своей рецензии на работу Л.А. Лунца и Н.И. Марышевой отметил, что авторы относят проблемы международного гражданского процесса к гражданскому процессу, как к отрасли права, регулирующей деятельность органов юстиции по гражданским делам, и к международному частному праву, как к отрасли правоведения, поскольку эти проблемы тесно связаны с вопросами регулирования гражданских, семейных и трудовых отношений, содержащих иностранный элемент и возникающих в условиях международной жизни².

Точка зрения немецкого ученого Х. Шака также основывается на том, что международный гражданский процесс некорректно рассматривать как часть международного частного права. В своей работе он комментирует свою позицию: «Международный гражданский процесс ни в коем случае не является придатком международного частного права. Скорее наоборот, первый чаще обладает преимуществом в том смысле, что применению подлежит международное частное право лишь того государства, суды которого обладают международной подсудностью», и далее — «международный гражданский процесс и международное частное право являются, таким образом, не приложением, а дополнением друг к другу»³.

Еще одна точка зрения основывается на том, что о международном гражданском процессе можно говорить даже как о самостоятельной отрасли права. Учитывая взгляд П.Е. Недбайло, который указал на то, что «в систему юридических наук входят не только отраслевые юридические науки. В процессе развития на основе изменения и развития общественных отношений во взаимоотношениях и взаимодействии отраслей права возникают связи и переходы, которые представляют собой новые явления, нередко столь специфичные, что изучение их требует отдельной и самостоятельной науки. Все это обуславливает возникновение и развитие межотраслевых или иначе, стыковых юридических наук»⁴. Автор данной статьи не раз ранее утверждал и обосновывал, что международный гражданский процесс можно считать самостоятельной отраслью права. Однако в свете изучения замечательной работы Г.Ф. Шершеневича и с учетом вышеисследованного автор полагает возможным относить международный гражданский процесс к форме гражданского процессуального права РФ. Это можно обосновать в первую очередь тем, что ГПК РФ включает в себя нормы регулирующие производство по делам с участием иностранных лиц. А последнее в свою очередь относится к международному гражданскому процессу.

¹ Лунц Л.А., Марышева Н.И. Указ. соч. С. 767.

² См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Рецензия А.Н. Минакова // Советский ежегодник международного права. 1978. М., 1980. С. 374.

³ Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 10.

⁴ Недбайло П.Е. Введение в общую теорию государства и права. Предмет, система и функции науки. Киев, 1971. С. 97.

К.В. Егоров,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского процессуального права,
Казанский филиал Российской академии правосудия;

М.В. Фетюхин,

к.ю.н., доцент

кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

О пределах заключения мирового соглашения в гражданском судопроизводстве

Прежде чем обозначить актуальность выбранной темы, отметим, что речь пойдет о правоотношениях, урегулированных как арбитражным процессуальным, так и гражданским процессуальным правом, так как правосудие в форме гражданского судопроизводства осуществляют как суды общей юрисдикции, так и арбитражные суды.

Актуальность выбранной темы предопределена как минимум тремя причинами. Во-первых, мировое соглашение как способ урегулирования правового конфликта, безусловно, является наиболее эффективным по сравнению с разрешением дела по существу — эффективным с точки зрения затрат времени, денег и человеческих ресурсов. Во-вторых, при существующей загрузке судов развитие института мирового соглашения, особенно на этапе рассмотрения дела судом первой инстанции, является одним из способов сокращения такой нагрузки (влияние непомерно высокой, по отдельным высказываниям, нагрузки на судей сказывается на качестве отправления правосудия). По данным на первое полугодие 2012 г., мировым соглашением окончено производство в отношении 2,2% арбитражных дел¹, тогда как в странах Западной Европы, Великобритании и США мировым соглашением оканчивается от 87% до 95% всех дел². И наконец, в-третьих, отсутствие системного исследования по вопросу о пределах заключения мирового соглашения, в условиях смены парадигмы правоприменительной практики в этой сфере, дает почву для получения нового знания в указанной области правоотношений.

Цель исследования — обозначить границы реализации права сторон на окончание дела посредством заключения мирового соглашения. При этом, принимая во внимание рамки одной статьи, мы ограничимся обозначением таких пределов и на формулировке проблемы в целом.

Правовое регулирование заключения мирового соглашения выражено в нормах АПК РФ (ч. 4 ст. 149, ч. 2 ст. 62, ст. 139–142, ч. 2 ст. 150) и ГПК РФ (ч. 1 и 2 ст. 39, ч. 4 ст. 173, ст. 43, 45, 46, 54, 101, 150, 172, 173, 220). Опуская здесь подробности

¹ Справка ВАС РФ об утверждении мировых соглашений арбитражными судами РФ в 2009–2011 гг., первом полугодии 2012 г. // http://arbitr.ru/_upimg/1B7F878AE00EAD7B056527AE2E4AE2AF_8.pdf

² См.: Узойкин Д.А. О презрении к компромиссу, о мировой сделке и перегруженности российских судов // Проблемы развития частного права: сб. ст. к юбилею В.С. Ема / отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011; Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): дис. ... к.ю.н. М., 2004 и др.

правового регулирования института мирового соглашения в арбитражном и гражданском процессе, отметим, что ГПК РФ по сравнению с АПК РФ не содержит сколь-нибудь подробных правил в отношении требований к содержанию и порядку заключения мирового соглашения. Тем не менее в настоящее время проект изменений в ГПК РФ подготовлен с учетом сближения правил регулирования рассматриваемого института.

Доктринальные исследования рассматривают данное правоотношение, с одной стороны, в плоскости материального — гражданского права, с другой стороны, как явления процессуального права. Среди ученых дореволюционного, советского периода и наших дней, исследовавших судебные и внесудебные «мировые сделки», мировые соглашения, следует отметить работы К.И. Анненкова, В.П. Грибанова, Р.Е. Гукасяна, Д.И. Мейера, А.С. Парамонова, К.П. Победоносцева, М.А. Рожковой, В.И. Синайского, И.М. Тютрюмова, Д.А. Узойкина, Г.Ф. Шершеневича, В.В. Яркова и др.

По сей день не утратила своей актуальности идея Г.Ф. Шершеневича о том, что сомнительность прав сторон спорного правоотношения, взаимность их уступок и желание окончить дело миром на основе свободного («суд не может изменять своей властью условия сделки») соглашения определяют основные характеристики рассматриваемого правоотношения¹.

Обобщая приведенные в литературе определения, наиболее точным было бы определить мировое соглашение как гражданско-правовой договор, подлежащий утверждению судом, целью которого является прекращение спора в правоотношении без его (спора) оценки по существу. Было бы неверным говорить, что суд вообще не дает оценку спорному правоотношению, таковая дается судом на предмет законности прекращения правового спора, в том числе законности мирового соглашения в отношении лиц, не являющихся сторонами по рассматриваемому делу. В указанной формулировке представляется, что приведенное нами определение не противоречит, но дополняет широко применяемую дефиницию мирового соглашения как «гражданско-правовой сделки, порождающей процессуальные последствия».

Природа рассматриваемого института носит двойственный характер. С одной стороны, утверждение мирового соглашения посредством суда (а не под его контролем, как это отмечается отдельными авторами²) и его свойство обязательности (в более скором порядке обеспеченное государственным принуждением, чем обычная гражданско-правовая сделка) свидетельствуют о его процессуально-правовой природе. Без суда таковое отношение (с набором свойственных ему признаков) быть вообще не может. С другой стороны, это дву- или многосторонняя сделка, которая может быть как поименована, так и не поименована в гражданском законодательстве³.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995; Он же. Конкурсный процесс. М., 2000.

² См.: Жирков В.Н. Мировое соглашение как способ урегулирования гражданско-правовых споров в гражданском судопроизводстве // Российский юридический журнал. 2010. № 2. С. 72–79. При этом нельзя отрицать того факта, что суд в установленных законом пределах проверяет условия мирового соглашения, мы лишь подчеркиваем, что вне суда мировое соглашение как отношение процессуальной природы не существует.

³ В этой связи представляется интересным Особое мнение судьи ВАС РФ С.В. Сарбаша по делу Арбитражного суда Свердловской области № А60-62482/2009-С7 от 22 марта 2011 г.: «...мировое согла-

Каковыми же являются пределы, в которых может быть заключено, утверждено и исполнено мировое соглашение? Ответ на этот вопрос предопределяет границы свободы сторон, в рамках которых может быть исчерпано спорное правоотношение.

Мы полагаем, что пределы заключения и исполнения мирового соглашения одновременно определены материально-правовыми и процессуальными особенностями регулирования данного правоотношения. При этом первые (материально-правовые) прямо названы в качестве таковых процессуальным законом (ч. 2 ст. 39 ГПК РФ; ч. 5 ст. 49 АПК РФ). Это (1) соответствие закону; (2) охрана прав и законных интересов третьих лиц.

Процессуально-правовые пределы заключения мирового соглашения в законе специально не выделяются, однако исходя из анализа структуры гражданского процессуального правоотношения, названных выше норм процессуального закона и правоприменительной практики можно выделить следующие основные группы таких ограничений: 1) ограничения, предопределенные спецификой объекта защиты (и как следствие видом производства); 2) пределами рассмотрения конкретного дела (по его субъектному составу, основанию, предмету, содержанию и размеру требований). Очевидно, что различные теоретические подходы к институту предмета и основания иска могут привести к различным выводам из приведенного нами положения. Здесь под предметом иска мы понимаем требование истца, вытекающее из его субъективного гражданского права (или являющееся им), которое заявлено к судебной защите, при этом выбранный способ защиты включается в содержание такого субъективного гражданского права. Основание иска — юридические факты, на которых основаны предъявляемые исковые требования.

Темой, заслуживающей отдельного рассмотрения, является возможность утверждения мирового соглашения по делам, возникающим из публичных правоотношений. Однако, ограничиваясь рамками настоящей статьи, мы подробнее остановимся на проблеме пределов мирового соглашения, обусловленных предметом рассматриваемого спора.

До настоящего времени в судебной практике сложился подход, согласно которому достигнутое сторонами соглашение об устранении спора не утверждалось судом на том основании, что такое соглашение достигнуто не в отношении тех материальных прав и обязанностей, которые были предметом судебного разбирательства. Арбитражные суды отказывали в утверждении мирового соглашения, если условия данного соглашения выходили за пределы заявленных исковых требований и были сформулированы сторонами в отношении тех прав и обязанностей сторон, которые не входили в предмет рассматриваемого спора. При этом суды указывают на то, что мировое соглашение всегда должно быть направлено на урегулирование конкретного спора и связано с его предметом¹. Точку над «i» в правоприменитель-

шение может охватывать как все, так и некоторые правоотношения сторон, может как подпадать под известные материальному праву договоры или содержать их отдельные элементы (например, отступное, новация, прощение долга и т.д.), так и принимать вид договора *sui generis*, не предусмотренного гражданским законодательством».

¹ Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 13 апреля 2011 г. по делу № А28-9088/2010; ФАС Западно-Сибирского округа от 29 марта 2010 г. по делу № А45-15375/2008, от 6 мая 2010 г. по делу № А75-7714/2009; ФАС Московского округа от 9 июня 2010 г. № КГ-А40/5515-10 по делу № А40-117961/09-28-898 и др.

ной практике поставила надзорная инстанция в приведенном ниже Постановлении Президиума ВАС РФ от 30 октября 2012 г. № 8035/12.

В современных работах ученых-процессуалистов не сложилось единообразного подхода к указанной проблеме. Так, М.А. Рожкова, подводя итог глубокому анализу дореволюционных и советских источников, текущей судебной практики, приходит к выводу, что мировое соглашение не может включать в себя условия, не связанные с урегулированием спора¹. О необходимости противоположного подхода к указанному правоотношению говорит Д.А. Узойкин, утверждая, что если дело признано в реальном предварительном заседании достойным разбирательства по существу, то заявление сторон о заключении мирового соглашения на любых условиях, хотя бы и никак не связанных с предметом и основанием иска, должно допускаться, а мировое соглашение — утверждаться судом без ограничений, притом что условия мирового соглашения не нарушают прав не участвующих в нем лиц и иных запретов, содержащихся в законе². Намерение сторон устранить спорное правоотношение и прекратить спор является достаточным основанием для утверждения мирового соглашения на любых условиях, не запрещенных законом.

На наш взгляд, в настоящее время подход, согласно которому мировое соглашение должно быть ограничено заявленным в иске спором, не отвечает требованиям гражданского оборота и экономической реальности. Интересы сторон спорного правоотношения зачастую могут быть шире спорного правоотношения и лежать за пределами конкретного предмета и основания иска. При этом такое положение дел может не исключать их желания достигнуть главной цели мирового соглашения — прекращения спорного правоотношения.

В этом аспекте поворотным моментом в правоприменительной практике следует считать позицию, приведенную ВАС РФ по делу Администрации г. Перми (далее — истец, управление) против ФГУП «Российский государственный центр инвентаризации и учета объектов недвижимости — Федеральное бюро технической инвентаризации». В Постановлении Президиума ВАС РФ от 30 октября 2012 г. № 8035/12 по делу № А50-5161/2011 Суд пришел к выводу, что «наличие в заключенном между сторонами мировом соглашении условий, выходящих за пределы рассматриваемого спора, не может являться основанием для отказа суда в утверждении такого соглашения, поскольку стороны вправе включать в мировое соглашение любые не противоречащие закону или иным правовым актам условия».

Президиум ВАС РФ указал, что вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, которое расходится с толкованием, содержащимся в рассматриваемом Постановлении, могут быть пересмотрены на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, если для этого нет других препятствий. В силу п. 11 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам» это указывает на придание данной правовой позиции Президиума ВАС РФ обратной силы.

¹ См.: Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / под общ. ред. М.А. Рожковой. М., 2008.

² См.: Узойкин Д.А. Указ. соч.

Представляется, что такой подход позволит в будущем сторонам спорного правоотношения более гибко подойти к вопросу установления правового мира, с тем набором правовых гарантий, которые присущи институту мирового соглашения.

Пока остается открытым вопрос, каким образом суд будет проверять материально-правовые ограничения, применимые к мировому соглашению, и до какой глубины должна идти такая проверка. Несложно представить, что такой инструмент может использоваться как некоторое средство легитимации и обеспечения исполнения неспорных обязательств за рамками предмета спора¹. И вопрос злоупотребления сторон правом на заключение мирового соглашения, выходящего за предмет спора, как нам кажется, будет одним из главных в рассматриваемой теме.

Кроме того, в рамках заявленной темы открытым остается ряд вопросов, которые требуют последующего изучения. Так, ввиду ограниченной обороноспособности отдельных прав требования (в частности, требования, связанные с возмещением вреда здоровью), их правовой режим в рамках мирового соглашения не всегда позволяет в полной мере прекратить в будущем правопритязания сторон, возникающие из одних и тех же оснований (например, некачественная медицинская помощь). Следует считать открытой и проблему заключения мирового соглашения в отношении спорного правоотношения, не подлежащего судебной защите. Мы полагаем, что с учетом изменившейся правоприменительной практики в самое ближайшее время правоведам представится достаточное количество эмпирического материала для дальнейших исследований рассматриваемой темы.

Т.Б. Замотаева,

к.ю.н., профессор,

зав. кафедрой гражданского права и процесса,

Самарская гуманитарная академия

Правовая природа третейского соглашения

Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации» предусматривает возможность разрешения споров посредством третейского разбирательства как альтернативной формы разрешения гражданско-правовых споров.

Основанием передачи спора в третейский суд служит наличие заключенного между сторонами третейского соглашения, правовая природа которого все еще продолжает оставаться спорной и актуальной для исследования.

В отечественной и зарубежной науке традиционно рассматриваются три теории: 1) договорная; 2) процессуальная; 3) смешанная. Проанализируем их.

¹ На существование этой проблемы указывает Д.А. Узойкин: «Мало для кого из практикующих адвокатов является секретом то, что порой самые сомнительные сделки при известном старании могут получить судебную санкцию в виде утвержденного судом мирового соглашения, причем именно для того, чтобы суд «осенил» такую сделку своим авторитетом, и затевается сам судебный процесс» (*Узойкин Д.А. Указ. соч.*).

Другая сторона проблемы заключается в том, что когда любое дело без проверки наличия по нему правовой позиции допускается до судебного разбирательства, то стороны действительно могут пытаться организовать так называемый суд понарошку и под видом мирового соглашения по такому притворному спору «протащить» через суд сделку в обход запретов закона (см.: *Узойкин Д.А. Указ. соч.*).

Сторонниками *договорной теории* третейское соглашение относится к обычному гражданско-правовому договору. Обоснованием является то, что стороны в своем соглашении могут определить вид третейского суда (институционный или *ad hoc*), в котором они хотят рассмотреть дело, указать на подведомственность спора определенному третейскому суду (в случае обращения в институционный третейский суд), назначить третейских судей, избрать время и место третейского разбирательства, определить порядок его проведения¹.

Не одобряя в целом договорную теорию третейского соглашения, аргументируем свою позицию следующими положениями.

По известной классификации возникновения гражданских прав, любой гражданско-правовой договор рассматривается как сделка, основание возникновения гражданских правоотношений. Третейское соглашение же нельзя считать сделкой, так как оно не направлено на возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей. По третейскому соглашению стороны отказываются от предоставленной государством публичной защиты нарушенных прав и передают возникший спор на разрешение арбитров.

Нельзя согласиться с точкой зрения, изложенной в литературе, что субъектами третейского соглашения выступают суд и стороны (истец и ответчик), при этом третейский суд и стороны спорного правоотношения являются равноправными субъектами².

Стороны по своей воле выбирают альтернативный вариант рассмотрения спора, передавая дело независимому лицу (арбитру), решению которого они готовы подчиниться независимо от исхода дела. Третейское соглашение заключается лишь сторонами спора — потенциальными истцом и ответчиком, именно они и являются субъектами соглашения. Не возникает сомнений, что заключенное третейское соглашение — обязательно для сторон.

Третейский суд же обладает компетенцией рассмотрения конкретного дела в силу своей деятельности, установленной Регламентом (Положением) и выбором сторон, указанным в третейском соглашении. Суд не может вступать в договорные отношения со сторонами, поскольку при рассмотрении дела и вынесении решения он руководствуется принципами судопроизводства, такими как независимость суда, состязательность и равноправие сторон и др.

Третейское соглашение сложно признать гражданско-правовым договором и по содержанию. Как известно, содержанием гражданско-правового договора является совокупность его условий, классифицируемых на стадии заключения договора на существенные, обычные и случайные. Без согласования существенных условий договор (соглашение) будет считаться незаключенным. К сожалению, ст. 7 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», именуемая «Форма и содержание третейского соглашения», регламентирует лишь форму третейского соглашения. Содержанию последнего законодатель уделяет незначительное внимание в п. 3 названной статьи, указывая, если стороны не договорились об ином, то при передаче спора в постоянно действующий третейский суд правила постоянно действующего третейского суда рассматриваются в качестве неотъемлемой части третейского соглашения.

¹ Третейское разбирательство в Российской Федерации / под ред. О.Ю. Скворцова. М., 2010.

² См.: Андреева А.В. Теории правовой сущности третейского соглашения // Закон. 2008. № 1.

Таким образом, по закону, во-первых, условия третейского соглашения носят инициативный характер и должны быть определены сторонами. Во-вторых, норма о содержании третейского соглашения носит отсылочный характер к Регламенту (Положению, Правилам), которым руководствуется суд при рассмотрении дела. Считать условиями договора положения Регламента, по нашему мнению, некорректно. Характерно, что на практике стороны знакомятся с Регламентом не на стадии заключения третейского соглашения, а лишь на стадии обращения в третейский суд с исковым заявлением.

Субъекты спора выбирают суд согласно Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации»; вряд ли выбор судебного состава можно отнести к существенным условиям договора. Следует согласиться с точкой зрения, изложенной в литературе и встречающейся в практике третейских судов о том, что в случае неправильного указания наименования третейского суда или в случае совмещения двух и более механизмов разрешения споров третейская оговорка становится «патологической».

Хрестоматийным примером неточного наименования третейского суда в практике российских арбитражных судов стала включенная во внешнеторговый контракт арбитражная оговорка о «парижском институте», квалифицированная как невозможность исполнения арбитражного соглашения. «Внешнеэкономический контракт международной купли-продажи товара содержал арбитражную оговорку о том, что все разногласия, возникающие из обязательств по данному договору, будут рассматриваться в «парижском институте»¹.

В рамках договорной теории попробуем рассмотреть правоотношение, порождаемое третейским соглашением. Если третейское соглашение считать гражданско-правовым договором, то оно должно порождать, соответственно, гражданское правоотношение.

«Наука гражданского права рассматривает гражданское правоотношение как отношение между определенными субъектами, установленное в связи с определенным объектом, по поводу которого у его участников возникают определенные правомочия и обязанности»². Субъекты, объект, правомочия и обязанность — основные элементы любого правоотношения. При этом существует ряд определенных признаков, отличающих гражданское правоотношение от иных видов правоотношений.

Основанием рассмотрения спора третейским судом по заключенному третейскому соглашению является неисполнение или ненадлежащее исполнение условий договора (например, кредитного или оказания услуг) одной из сторон. Иначе говоря, нарушение норм материального права в рамках основного регулятивного правоотношения приводит к правонарушению или возникновению охранительного правоотношения. По мнению В.Н. Протасова, это отношение не опосредует мер государственного принуждения, в нем нет места правоприменению и реализовано оно может быть только на добровольной основе³.

¹ Ярков В.В. Арбитражный процесс: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2010.

² Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву. Гражданское правоотношение. М., 2000. С. 549.

³ См.: Протасов В.Н. Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 77.

Таким образом, одним из оснований возникновения охранительного правоотношения является правонарушение, в результате которого правообладатель приобретает соответствующее право требования к обязанному лицу. Реализация подобного права и осуществляется путем обращения в суд (в рассматриваемом варианте – в третейский суд) стороной, право которой нарушено.

По мнению сторонников охранительных правоотношений, охранительное правоотношение является не правом на принуждение, а правом, которое может осуществляться в том числе и в принудительном порядке¹. То есть управомоченная сторона в охранительном правоотношении с учетом заключенного третейского соглашения не имеет в своем распоряжении права принуждать, но обладает правом требовать устранения нарушения его прав. Это право может быть реализовано посредством: 1) собственных действий управомоченного (секундарное право), 2) действий обязанного лица (добровольная реализация); формой реализации такого права можно рассматривать действия третейского суда или уполномоченного органа государственной власти (принудительная реализация)².

Таким образом, возникшее в результате заключения третейского соглашения правоотношение по своей правовой природе более близко к процессуальным отношениям.

Присущий гражданским правоотношениям принцип диспозитивности, в силу которого граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе, свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (п. 2 ст. 1 ГК РФ), распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением в судах в порядке гражданского судопроизводства споров, возникающих в ходе осуществления физическими и юридическими лицами предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

Вопрос о том, является ли третейское соглашение гражданско-правовой сделкой или не является, имеет значение для установления правовых последствий, касающихся прежде всего возможности применения к заключенному третейскому соглашению гражданско-правовых норм, регулирующих недействительные сделки и последствия их недействительности. В судебной-арбитражной практике были случаи, когда суды квалифицировали третейское соглашение исключительно как гражданско-правовую сделку, хотя и имеющую определенную специфику, выражающуюся в том, что оно влечет процессуальные последствия³.

¹ См., например: *Бабаяев А.Б., Белов В.А.* Проблемы общего учения о гражданском правоотношении // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2007. С. 258; *Крашенинников Е.А.* К учению об исковой давности // *Материально-правовые и процессуальные средства охраны и защиты прав и интересов хозяйствующих субъектов: межвуз. темат. сб. науч. тр. Калинин, 1987. С. 56.*

² См., например: *Крашенинников Е.А.* Учение Муромцева о защищаемых и защищающих отношениях // *Вопросы теории охранительных правоотношений*. М., 1991. С. 43; *Ненашев М.М.* О соотношении регулятивных, охранительных и процессуальных правоотношений. Иски и судебные решения: сб. ст. / под ред. М.А. Рожковой. М., 2009.

³ См., например, постановления Семнадцатого Арбитражного апелляционного суда от 18 сентября 2007 г. по делу № А60-5678/2007-С4; Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10 сентября 2009 г. № 18АП-7782/2009.

В силу вышеизложенных доводов полагаем, что третейское соглашение нельзя безоговорочно признать гражданско-правовой сделкой (договором), однако признаки последнего отчасти присутствуют.

Вместе с тем признание третейского соглашения недействительным и применение последствий двусторонней реституции позволяют сделать вывод о том, что суды применяют правила о сделках к иным правовым конструкциям, в частности к третейским соглашениям.

С.Ю. Казаченок,

к.ю.н., докторант

кафедры гражданского и международного частного права
ЮНЦ РАН при Волгоградском государственном университете,
зав. филиалом № 5 Волгоградской межрайонной
коллегии адвокатов, заслуженный юрист РФ

Медиативная и арбитражная оговорка: что выбрать?

Наше общество конфликтно, страсти накалились до предела, необходимо развивать умение договариваться, активно внедрять программу примирительных процедур, наделяя тем самым людей властью принимать решения и снижая градус социальной напряженности.

Главный идеолог развития примирительных процедур в России В.Ф. Яковлев¹

Актуальность темы исследования обусловлена по меньшей мере двумя факторами. Во-первых, 1 января 2013 г. исполнилось два года как действует Федеральный закон от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — Закон о медиации), который официально закрепил институт медиации в России. Во-вторых, в последнее время прослеживается устойчивая тенденция расширения альтернативных способов разрешения правовых споров (англ. *Alternative dispute resolution, ADR*) между субъектами экономической деятельности, что отвечает современному развитию экономических отношений.

Международное бизнес-сообщество уже признало медиацию в качестве предпочтительного способа разрешения споров, включив ее в набор процедур урегулирования трансграничных споров наряду с международным арбитражем. Так, процедура медиации активно пропагандируется и используется такими признанными в мире институтами по урегулированию трансграничных торговых споров, как Международная торговая палата, Стокгольмский и Лондонский арбитражи.

Регламенты по проведению процедуры медиации приняты и многими другими международными арбитражными судами, международными организациями, что

¹ Круглый стол в Государственной Думе РФ 14 мая 2012 г. на тему: «Федеральный закон «О медиации» — один год практики правоприменения и перспективы развития законодательства о медиации» // URL: <http://zakon.ru/Discussions/OneDiscussion/3017>

создает возможности для широкого применения медиации как в виде отдельного инструмента, так и в многоступенчатой системе урегулирования споров, в том числе и как элемент таких гибридных процедур, как мед-арб, ранняя оценка-медиация и др. Все чаще медиативные оговорки используются при заключении внешне-торговых контрактов, создавая условия для оперативного и менее дорогостоящего разрешения споров между контрагентами¹.

При таких обстоятельствах возникает вопрос: как соотносится постепенно утверждающаяся процедура медиации и уже позитивно зарекомендовавшая себя процедура арбитражного (третейского) разбирательства?

Под категорией «медиация» в законодательстве РФ понимается «способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения» (п. 2 ст. 2 Закона о медиации). Согласно Директиве 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС от 21 мая 2008 г. медиация определяется как «переговоры между спорящими сторонами при участии и под руководством нейтрального третьего лица — медиатора (посредника), не имеющего права выносить обязательное для сторон решение. Данному термину тождественны понятия «посредничество», «примирительные процедуры», «согласительные процедуры»².

Большинство споров по внешнеэкономическим договорам может быть разрешено мирным путем на добровольной основе. Современное законодательство предоставляет участникам спорного правоотношения (руководителю предприятия, бизнесмену) право выбирать способ разрешения спора, позволяя прибегать как к процедуре медиации, так и к арбитражному (третейскому) разбирательству.

Чтобы ответить на поставленный в работе вопрос, проведем сравнительно-правовой анализ медиативной оговорки и соглашения об арбитраже (третейской оговорки) для выявления общих черт и различий.

Рассмотрим черты, которые их объединяют.

1. Направленность на определение арбитра/медиатора, полномочного рассматривать спор.

2. Являются внеюрисдикционными способами урегулирования споров. В зарубежной и российской договорной практике, особенно в международных коммерческих контрактах, распространена оговорка о разрешении споров путем переговоров, реже — посредничества, а в случае недостижения согласия — в третейском суде³. Таким образом, арбитраж и примирительные процедуры выступают в ней как взаимодополняющие способы урегулирования спора, органично дополняют друг друга.

3. Автономность.

Доктрину автономности арбитражного (третейского) соглашения по аналогии можно применить и к медиативной оговорке. Согласно этой доктрине третейская оговорка признается независимой от иных условий договора, т.е. недействитель-

¹ См.: Шамликашвили Ц.А. Эффективность медиации во внешнеторговых спорах // Внешнеторговое право. 2011. № 1. С. 7—13.

² Директива № 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС «О некоторых аспектах посредничества (медиации) в гражданских и коммерческих делах», принята в г. Страсбурге 21 мая 2008 г.

³ См. подробнее: Давыденко Д.Л. Общность между примирительными процедурами и третейским судом // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / О.В. Аллахвердова, Р.Ю. Банников, О.И. Величкова и др.; под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. М.; Берлин, 2012. Кн. 4. С. 192—201. (Библиотека медиатора)

ность сделки сама по себе не влечет недействительности третейской оговорки. Таким образом, даже если между сторонами возникает спор относительно договора (содержащего третейскую оговорку), который является недействительным, он подлежит разрешению третейским судом. Поэтому можно прийти к выводу, что недействительность договора, содержащего медиативную оговорку, не влечет недействительность самой оговорки.

Рассмотрим основные черты различия.

1. *Юридическая природа.* По своей юридической природе арбитражное соглашение является частноправовым договором, носящим самостоятельный характер по отношению к основному контракту независимо от его вида¹.

С.А. Курочкин отмечает, что арбитражное соглашение является системообразующим элементом для третейского разбирательства и его необходимо рассматривать как правоотношение и как юридический факт одновременно².

Медиаоговорки и соглашения о проведении медиапроцедур близки к некоторым иным известным праву соглашениям, например, так называемым рамочным соглашениям, предварительным договорам (ст. 429 ГК РФ)³.

Письменное соглашение о применении процедуры медиации является юридическим фактом, влекущим ряд материально-правовых и процессуально-правовых последствий. Такое соглашение следует расценивать как волеизъявление сторон на применение обязательного досудебного порядка урегулирования возникшего спора⁴.

Вывод: медиативная оговорка имеет материально-правовую природу и этим отличается, в частности, от так называемых пророгационных соглашений процессуально-го законодательства (арбитражной оговорки), т.е. соглашений, позволяющих сторонам определить подсудность иначе, нежели это устанавливает процессуальный закон.

2. *Принцип разрешения.* Третейское разбирательство построено на принципе состязательности сторон, в основе которого лежит желание сторон выиграть процесс, тогда как медиация построена на поиске компромисса, сотрудничестве сторон и их желании примириться. Целью процедуры медиации является достижение сторонами взаимовыгодного соглашения. Медиатор не выносит, не принимает решение по спору. Медиатор исходит из того, что именно стороны конфликта должны играть ключевую и решающую роль в процессе его урегулирования, являясь обладателями знания о том, какие интересы и потребности они стремятся реализовать, разрешив эту ситуацию⁵.

При проведении медиации защита права является, безусловно, желаемой, но не приоритетной целью, и главным образом она направлена на прекращение конфликта, лежащего в основе юридического спора. Именно преобладанием данной

¹ См.: Ерпылева Н.Ю. Международные арбитражные соглашения: понятие, виды и основания действительности // Юрист. 2010. № 2. С. 56–63.

² См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М., 2007. С. 147.

³ См.: Хохлов В.А. Правовая квалификация отношений медиации // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 5. С. 84–90.

⁴ См.: Калашикова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2010. С. 18.

⁵ Комментарий к Федеральному закону от 27 июля 2010 г. «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / под ред. С.К. Загайновой, В.В. Яркова. М., 2011. С. 30.

цели и обусловлено большинство принципиальных отличий медиации от судопроизводства¹.

3. *Последствия*. Результатом третейского разбирательства является разрешение спора по существу, что выражается решением третейского суда или постановлением, которое стороны признают для себя обязательным и обязуются ему подчиняться.

Результатом процедуры медиации является утверждение медиативного соглашения, которое подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон.

4. *Статус итогового акта*. Правовые последствия неисполнения решения третейского суда и медиативного соглашения различаются. Так, действующее законодательство предусматривает процедуру принудительного исполнения решения третейского суда. Медиативное соглашение лишено какой-либо публичной защиты и механизма принудительного исполнения.

5. *Кто принимает решение*. В арбитражном разбирательстве стороны не принимают участия в принятии решения — это функция арбитра. Медиация — процесс, в котором ничего не решается без согласия спорящих сторон; все решения принимаются только по обоюдному согласию сторон, и обе стороны добровольно принимают на себя обязанности выполнять принятые ими совместно решения. Риск медиации минимален, поскольку каждая сторона в любой момент может отказаться от продолжения процесса переговоров.

Выявленные в результате анализа отличия по 15 критериям (понятие, источники правового регулирования, категории споров, подлежащие рассмотрению, форма, роль арбитра/медиатора, цель процедуры, требования к судье/медиатору, скорость (срок), конфиденциальность, расходы, ответственность, цель и итоги рассмотрения спора, статус итогового акта, отношения между субъектами после процедуры, возможность обжалования итогов рассмотрения спора) помогли сформировать позицию о некоторых преимуществах/недостатках медиации перед арбитражным (третейским) разбирательством.

Преимуществами медиации являются: сравнительная простота на фоне третейского разбирательства, гибкость процессуальных правил, неформализованность процедуры, минимальные репутационные риски и выработка решения, основанного на консенсусе, дальнейшее эффективное взаимодействие партнеров.

Главным *недостатком* медиации в сравнении с разбирательством в третейском суде является необязательность исполнения медиативного решения, даже при его оформлении установленными законом соглашениями.

Если связи между сторонами разорваны и одна из сторон, взвесив все аргументы за и против, убеждается в том, что судебное или арбитражное решение, по всей вероятности, будет вынесено в ее пользу и его можно будет исполнить в разумные сроки, то она вряд ли согласится на медиацию.

Таким образом, у обоих способов имеются свои преимущества и недостатки, которые подлежат оценке сторонами в каждом конкретном случае.

В заключение хотелось бы отметить слова заместителя председателя Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ А.И. Муранова: «Медиация — крайне важный

¹ См.: Понасюк А.М. Медиация как альтернатива и дополнение судопроизводству // Мировой судья. 2012. № 9. С. 8–9; № 10. С. 17–21.

и полезный инструмент, но необходимо понимать, что в реальной системе правоприменения он начинает работать эффективно только тогда, когда участники правового оборота приходят к выводу о том, что для них в целом оказываются неудобными государственные суды и третейское разбирательство, слишком длительными, или дорогими, или неэффективными с точки зрения итога. Медиация должна быть своего рода надстройкой над зданием государственных и третейских судов»¹.

Медиация — это признанный и востребованный метод разрешения конфликтов во всем мире, который постепенно распространяется на внешнеэкономическую деятельность при разрешении международных споров.

Принимая во внимание указанные обстоятельства, распространение и активное использование в России примирительного подхода к прекращению юридических споров представляется актуальным и особенно ценным. А право выбора — использовать медиативную или арбитражную оговорку — остается за субъектом спорного правоотношения.

У.М. Мурзабулатов,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса,
Институт права, Башкирский государственный университет

Медиация — миф или реальность? Опыт зарубежных стран

Развитие процедур альтернативного разрешения споров обусловлено несколькими причинами. С одной стороны, они позволили бы снять нагрузки с гражданских судов, с другой — обогатили бы возможности правосудия иными формами разрешения конфликтов.

Медиация хорошо принимается в странах общего (англо-саксонского) права, возможно, благодаря тому, что обращение в суд в таких странах, во-первых, очень дорогое удовольствие; во-вторых, в культуре этих стран обращение в суд всегда рассматривалось как некое экстраординарное событие.

Так, например, Председатель Верховного суда США Уоррен Бергер, желая уменьшить объем дел в судах, в своих выступлениях подчеркивал преимущества альтернативных форм разрешения споров в виде переговоров вне судов, медиативных процедур и иных способов. Конгресс США ассигновал денежные средства на «центры разрешения соседских споров», которые, как предполагалось, будут иметь дело с «незначительными конфликтами»².

В Великобритании поддержка медиации также существует на официальном уровне, поэтому ведущие судьи продолжают выступать в поддержку медиативных процедур, в том числе и председатель Верховного суда. Лорд-судья в обзоре судеб-

¹ Смешно, когда к медиаторам предъявляют больше квалификационных требований, чем к третейским судьям: интервью с А.И. Мурановым // Закон. 2012. № 3. С. 35.

² Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права. 18–21 сентября 2012 г.: сборник докладов. М., 2012. С. 124.

ных издержек в гражданском процессе подчеркнул, что нужно поощрять, рекомендовать, истребовать объяснений отказа от медиации, наказать судебными издержками за отказ от медиации без оснований¹.

Большое внимание развитию альтернативных способов разрешения споров уделяется в Словении. В 2008 г. принят Закон о медиации в гражданских и коммерческих делах, а в 2010 г. — Закон, устанавливающий правила обращения к альтернативным способам разрешения споров при рассмотрении дел в судах. Если же сторона отказывается участвовать в примирительных процедурах без достаточных оснований, это может отрицательно сказаться на ней при распределении судебных расходов².

Предпочтительными также являются эксперименты, проводимые в Германии и Франции, где судья может направить стороны к медиатору (ст. 131-1 французского Нового ГПК и абз. 5 § 278 немецкого ГПК). Суды также регулярно рекомендуют сторонам судебного процесса провести процедуру медиации.

В странах, где медиация используется достаточно широко, утвердилось мнение, что она является одним из способов, обеспечивающих доступ к правосудию.

Невнимание к медиации в постсоветских странах объясняется тем, что правовая помощь в этих странах не так дорога (в России госпошлина по искам неимущественного характера для граждан составляет 200 руб., а по отдельным категориям дел госпошлины вообще нет), а судебная система не стала предсказуемой ввиду отсутствия развитой системы прецедентного решения однотипных споров³.

На фоне доступности к правосудию серьезным препятствием на пути создания практической медиации в России, на наш взгляд, также являются: отсутствие единого подхода к вопросам организации деятельности медиаторов; неопределенность в системе оплаты их труда; продолжающиеся споры о том, кто может быть медиатором.

Медиативную деятельность, на наш взгляд, необходимо организовать в виде пилотных проектов в отдельных районных судах, путем предоставления небольшого помещения для размещения медиаторов (в здании суда или недалеко от него). Пригласить для медиативной работы надежных и умудренных жизненным опытом лиц с безупречной репутацией: прибывающих в отставку судей, адвокатов, ветеранов из правоохранительных органов и других структур, которые бы составили основу центров медиаторов данного района. В этой связи законодательно следовало бы инициировать принятие федерального конституционного закона о внесении изменений статуса судьи, пребывающего в отставке⁴. Количество приглашенных медиаторов в группу зависит от количества поступающих исковых заявлений в суд. Оплата труда медиатора должна основываться на принципах самоокупаемости. После создания медиативных центров в организационном плане можно говорить об их обучении, переподготовке, обмене опытом и т.д.

¹ Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права. 18–21 сентября 2012 г.: сборник докладов. М., 2012. С. 66.

² См. там же. С. 427.

³ Всемирная конференция Международной ассоциации процессуального права. С. 428.

⁴ См.: *Слепнев Е.Л.* Медиация — альтернативная форма разрешения споров // Актуальные проблемы применения норм гражданского и арбитражного процессуального законодательства в современной России: Республиканская науч.-практ. конф., посвященная памяти к.ю.н., проф. кафедры гражданского процесса Ин-та права БашГУ, засл. юриста Республики Башкортостан В.С. Калмацкого. Уфа, 2010. С. 32.

Граждане еще не скоро массово будут обращаться к помощи медиаторов¹. Наравне с информированием населения о том, что существует такой способ урегулирования конфликтов, как привлечение посредника для проведения примирительных процедур, есть необходимость законодательного закрепления правил об обязательности обращения к альтернативным способам разрешения конфликтов по отдельным категориям споров (коммерческие, брачно-семейные, трудовые, соседские и т.д.)². Кроме того, граждане выберут не суд, а медиатора в том случае, если судебные расходы государства будут полностью возложены на стороны конфликта, как это происходит во многих развитых странах. Нужно добиться того, чтобы судебные расходы пугали конфликтующие стороны больше, чем перспектива мирно договориться, а также чтобы обращение в суд было плохим тоном.

А.Р. Мухтарова,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Санкт-Петербургский имени В.Б. Бобкова филиал
Российской таможенной академии

Проявление судебного прецедента в виде нового обстоятельства при пересмотре судебных актов, вынесенных арбитражными судами

Основная функция в рамках механизма правового регулирования судебной власти правоприменительная. Однако правоприменение в настоящее время все больше и больше совпадает с новым витком правотворчества. В этом процессе особую и важную роль играет судебный прецедент.

В последнее время многие российские ученые и практики заявляют о необходимости официального признания права судебных органов создавать нормы права.

Сама возможность судебных органов, в том числе и арбитражных судов, самостоятельно создавать правила, пригодные для регулирования споров, заложена в действующем законодательстве. Так, ст. 13 АПК РФ гласит, что в случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, «арбитражные суды применяют нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм рассматривают дела исходя из общих начал и смысла федеральных законов...». Из данного положения закона следует, что суд при отсутствии применяемой надлежащей нормы должен в основу решения положить правило, введенное им самим из общих начал и смысла законов, тем самым создавать правило, пригодное, по мнению судьи, для регулирования спорного правоотношения. Однако в действительности судья должен руководствоваться прежде всего сложив-

¹ См.: *Иващенко В.Г.* Проблемы применения медиации в гражданском процессе // Альтернативные способы урегулирования споров с участием посредника: сб. научн. ст. общерос. науч.-практ. конф. 13 апреля 2011 г. Уфа, 2011. С. 16.

² См.: *Яковлев В.Ф.* О примирительной процедуре с участием посредника (медиация): интернет-конференция Советника Президента РФ 30 марта 2007 г.

шейся судебной практикой или, точнее, правилами, которые применялись судами ранее при рассмотрении аналогичных дел. И только в случае отсутствия такой практики судья самостоятельно формулирует (создает) соответствующее правило, позволяющее разрешить рассматриваемый спор¹.

Соблюдение всеми арбитражными судами при рассмотрении дел требования единообразия исходит из конституционного положения ст. 127 Конституции РФ, согласно которой ВАС РФ осуществляет судебный надзор за деятельностью нижестоящих судов и дает разъяснения по вопросам судебной практики. Также в соответствии со ст. 13 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации» Пленум ВАС РФ в сфере своей компетенции, включающей и дачу разъяснений по вопросам судебной практики, принимает постановления, обязательные для арбитражных судов.

Еще дальше в сторону прецедента российская судебная система пошла с принятием Пленумом ВАС РФ постановления от 30 июня 2011 г. № 17 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам». Так, указанное Постановление подробно разъясняет изменения, внесенные в АПК РФ, вступившие в силу 28 марта 2011 г., согласно которым расширены основания для пересмотра судебных актов в связи с появлением в деле новых обстоятельств: вновь открывшиеся обстоятельства и новые обстоятельства.

Теперь основанием для пересмотра решения суда может стать Постановление Президиума ВАС РФ по другому делу. Таким образом, любое юридическое лицо или предприниматель, посчитавшие решение суда несправедливым, могут инициировать пересмотр дела по новым обстоятельствам, если ВАС РФ удовлетворил аналогичный иск другой организации.

Согласно п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ новыми обстоятельствами являются определение или изменение в Постановлении Пленума ВАС РФ или в Постановлении Президиума ВАС РФ практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте ВАС РФ содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства.

В целях обеспечения единообразия судебной практики при новом механизме пересмотра вступивших в законную силу судебных актов арбитражных судов Пленумом ВАС РФ было вынесено постановление от 30 июня 2011 г. № 52 «О применении положений Арбитражного процессуального кодекса РФ при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам»².

В соответствии с п. 11 указанного Постановления в целях придания обратной силы правовой позиции, сформулированной в постановлении Пленума ВАС РФ, в этом постановлении должно содержаться следующее указание: «Вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в настоящем постановлении толкованием, могут быть пересмотрены на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, если для этого нет других препятствий».

¹ См.: *Фетищев Д.В.* Судебная власть в современном государстве: сравнительно-правовое исследование (история, теория и практика): монография. М., 2007. С. 187–188.

² Вестник ВАС РФ. 2011. № 9.

Далее Пленум ВАС РФ обращает внимание, что в целях придания обратной силы правовой позиции, сформулированной в постановлении Президиума ВАС РФ, в постановлении должно содержаться такое указание: «Вступившие в законную силу судебные акты арбитражных судов по делам со схожими фактическими обстоятельствами, принятые на основании нормы права в истолковании, расходящемся с содержащимся в настоящем постановлении толкованием, могут быть пересмотрены на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, если для этого нет других препятствий».

При этом под другими препятствиями следует понимать, в частности, истечение сроков, предусмотренных ст. 312 АПК РФ, недопустимость ухудшения положения лица, привлекаемого или привлеченного к публично-правовой ответственности, неисчерпание возможности для обращения в суд апелляционной или кассационной инстанции. В случае если в постановлении Пленума или Президиума ВАС РФ содержится несколько правовых позиций, обратная сила может быть придана одной из них, если на это прямо указано в соответствующем акте. В отсутствие такого указания и при наличии упомянутой оговорки об обратной силе ее действие распространяется на все правовые позиции, сформулированные в соответствующем постановлении. В постановлении Пленума или Президиума ВАС РФ может быть определен круг судебных актов, на которые распространяется действие названной оговорки.

В случае, если в постановлении нет оговорки о пересмотре дела по п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, то такое постановление не является основанием для пересмотра. Однако изложенную в нем правовую позицию обязаны учитывать все нижестоящие суды при рассмотрении аналогичных дел (в том числе при апелляционном и кассационном обжаловании). Основанием для указанного является абз. 7 ч. 4 ст. 170 АПК РФ.

Следует обратить внимание на то, что заявление о пересмотре вступившего в законную силу судебного акта можно подать, только когда возможность для обращения в суд апелляционной и кассационной инстанций уже исчерпана.

При пересмотре дела на основании п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ новый судебный акт не может ухудшать положение привлекаемого или привлеченного к налоговой, административной или иной публично-правовой ответственности лица. Если применение правовой позиции ВАС РФ, сформулированной в постановлении, явившемся основанием для пересмотра, влечет подобное ухудшение (например, увеличение размера штрафа), то суд должен оставить без изменения резолютивную часть прежнего решения. А в мотивировочной части привести обоснование соответствующего вывода¹.

Подводя итог исследованию, заметим, что арбитражные суды теперь при рассмотрении дел должны ориентироваться на разъяснения ВАС РФ так же, как и на нормы материального и процессуального права. В противном случае сторона процесса может воспользоваться правом на обжалование из-за того, что ее позиция совпадет с позицией, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ². Однако следует также учитывать и тот факт, что при признании судебного прецедента источником права вероятность ошибки в нем гораздо выше, чем при принятии закона, с учетом более сложной законотворческой процедуры.

¹ Время бухгалтера. 2011. Август. № 30 (334).

² См.: Олевинский Э. Ценность прецедента // Российская Бизнес-газета. 2011. 30 августа.

Л.Н. Ракитина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса,
Ульяновский государственный университет

Некоторые вопросы гражданского процессуального права в трудах Г.Ф. Шершеневича

Выдающийся российский правовед Г.Ф. Шершеневич очень живо откликался на все актуальные вопросы своего времени, требовавшие осмысления и анализа. Особое внимание он всегда уделял необходимости практического применения права.

Так, в принятии Судебных уставов 1864 г., явившихся, несомненно, крупным событием в юридической жизни России, имевшим огромное влияние на общественное правосознание, Г.Ф. Шершеневич увидел новую задачу и для университетской науки. В частности, он писал: «Приготовить молодых людей к судебной деятельности, дать им теоретическое понимание права и основательное знакомство с действующим законодательством, создать из них не просто законников, но образованных юристов, способных стать на высоте новой общественной деятельности — такова благородная задача, открывшаяся для университетской науки»¹.

Эти слова не утратили своей актуальности до настоящего времени, учитывая перманентно происходящее обновление российского законодательства, постоянно совершенствующуюся судебную систему. В этой связи в современных условиях не менее важно, чтобы выпускники юридических вузов становились не просто лицами, приобретшими определенную сумму знаний, но были бы готовы работать в суде в качестве любых участников судебного процесса. Учитывая запросы юридической практики, в настоящее время в вузах создаются юридические клиники, устраиваются бесплатные консультации для населения и т.п. Думается, это происходит как раз в русле, если можно так сказать, заветов Г.Ф. Шершеневича.

Будучи широко образованным человеком своего времени и понимая взаимосвязь всех отраслей права, Г.Ф. Шершеневич не мог пройти мимо других актуальных процессуальных вопросов, поскольку они также, несомненно, имели практическое значение.

Так, он не обошел своим вниманием вопросы подведомственности и подсудности гражданских дел.

Как известно, в России после судебной реформы 1864 г. развернулась дискуссия относительно перспектив сохранения и дальнейшего развития коммерческих судов. Юридическая общественность того времени разделилась на два лагеря: одни считали, что надо сохранить и далее развивать коммерческие суды как специализированные суды по торговым делам, другие считали необходимым упразднить коммерческие суды и превратить их в структурную часть судов общих установлений. В 1871 г. была учреждена специальная комиссия по реорганизации коммерческих судов, закончившая работу в 1877 г. выводом о необходимости сохранения коммерческих судов. Попытки вернуться к этому вопросу в последующем не увенчались успехом. Комиссия, созданная под руководством министра юстиции Н.В. Муравьева в 1894 г., высказалась за упразднение коммерческих судов, но это решение комиссии не было реализовано.

¹ Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. Казань, 1893.

Не оставался в стороне от этой дискуссии и Г.Ф. Шершеневич. Он занял совершенно определенную позицию, явив себя сторонником упразднения коммерческих судов, поскольку считал, что демократизация общества, стирание сословных перегородок и равенство всех перед законом требуют безусловного единообразия судебной системы в стране. В частности, он писал: «...необходимы основательные доводы... для оправдания специальной юрисдикции»¹. Далее, аргументируя свою позицию, он, как противник сохранения коммерческих судов, отмечал: «...первое условие для специальных судов — это точное отграничение подсудности. Если возникает затруднение в определении подсудности, то немедленно создается основание к волоките. Отличие торговых сделок от гражданских составляет повсюду камень преткновения для теории и практики. Споры о подсудности — самое частое явление»². Настолько это актуально и для настоящего времени, что приходится лишь сожалеть, что Г.Ф. Шершеневич не был услышан в свое время.

Обращаясь к современности, можно сказать, что существование на сегодняшний день двух ветвей судебной власти в лице арбитражных и общих судов восходит своими корнями к той давней дискуссии, которую вело российское общество относительно судьбы коммерческих судов. Как и тогда, сегодня победили сторонники самостоятельности коммерческих (ныне арбитражных) судов, однако, следует признать, что вряд ли это способствует укреплению единства судебной системы в целом, о чем свидетельствует более чем 20-летний опыт сосуществования арбитражных судов и судов общей юрисдикции.

Интересные мысли высказывал Г.Ф. Шершеневич относительно возможности и допустимости использования определенных доказательств по гражданским делам.

В частности, он писал: «Письменная форма как средство доказательства устанавливается по нашему законодательству для большинства сделок, что отражается чрезвычайно вредно на бытовых отношениях. Жизнь сильно страдает от формализма нашего права. Заем, залог, личный наем совершаются в обществе, особенно в простом народе, словесно, отчасти по безграмотности контрагентов, отчасти по удобству. Между тем несоблюдение письменной формы, если должник запрется, не дает кредитору никаких средств доказывания, хотя бы в их среде все знали о заключенной сделке»³.

Обратив внимание на практическую сторону вопроса, Г.Ф. Шершеневич выразил обоснованное сомнение относительно недопустимости использования иных, кроме письменных, доказательств при наличии установления в законодательстве неукоснительного требования о соблюдении письменной формы сделки. Он даже подчеркнул «вредность» подобного установления для бытовых отношений.

Представляется, и в наше время «вредность» такого установления в гражданском и гражданском процессуальном законодательстве очевидна. Общество в бытовом отношении продолжает оставаться излишне доверчивым и полагаться на присутствующих при совершении сделки свидетелей, не придавая значения письменной форме сделки. Не зря некоторые современные ученые выступают за допущение свидетельских показаний по всем гражданским делам⁴. Это, без сомнения, только бы укрепило гражданский оборот.

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 4. М., 1912. С. 24.

² Там же. С. 25.

³ Шершеневич Г.Ф. Русское гражданское право. М., 1912. С. 189—190.

⁴ См.: Вандраков С.Ю. Ограничение использования свидетельских показаний при рассмотрении гражданских дел // Адвокатская практика. 2012. № 4.

К тому же нельзя не отметить нечеткость некоторых положений в действующем законодательстве, из которых не всегда вполне ясно, должна ли быть сделка оформлена в письменном виде. И в этом отношении мало что изменилось с тех давних времен, когда жил и работал Г.Ф. Шершеневич. В юридической литературе того периода времени справедливо указывалось на то, что «законы материального права... не вполне точны. Так, по нашему закону относительно многих сделок является неизвестными, должны ли они быть облечены в письменную форму или в словесную»¹. То же можно констатировать и применительно к ныне действующему гражданскому законодательству, поэтому, думается, суждение Г.Ф. Шершеневича о «вредности» излишнего формализма дает основание полагать, что допущение показаний свидетелей в качестве средства подтверждения состоявшейся сделки должно найти отражение в обновляемом гражданском законодательстве, переживающем в настоящее время очередной виток изменений. Это облегчит доказывание прежде всего добросовестным участникам сделки, проявившим излишнюю доверчивость.

Наконец, нельзя не связать мысль Г.Ф. Шершеневича о положении правосудия того периода времени с современным положением дел в системе проверки правильности судебного решения суда первой инстанции в гражданском судопроизводстве.

Г.Ф. Шершеневич, в свое время оценивая состояние правосудия, писал: «Судебная практика рабски ловит каждое замечание кассационного департамента, старается согласовать свою деятельность со взглядами сената. Эта масса решений, нарастающая с каждым годом, все крепче и крепче опутывает наш суд, который как лев, запутавшийся в сетях, бессильно подчиняется своей участи, отказывается от борьбы и живет разумом высшей инстанции. В настоящее время вся задача практика заключается в том, чтобы подыскать кассационное решение на данный случай. Борьба перед судом ведется не силою логики, не знанием соотношения конструкции института и системы права, не искусством тонкого толкования законов, а ссылкой на кассационные решения. Печальную картину представляют теперь судебные заседания, где мы видим, как адвокаты поражают друг друга кассационными решениями, и где торжествует тот, кто нашел более подходящее и притом более позднейшее»².

Между тем недавние изменения в ГПК РФ, связанные с появлением новых оснований, служащих основанием для пересмотра (п. 5 ч. 4 ст. 392), дают основание считать, что они открывают дорогу тому самому судебному прецеденту, на который с грустью взирал Г.Ф. Шершеневич. В самом деле, новым обстоятельством предлагается считать «определение (изменение) в постановлении Президиума Верховного Суда РФ практики применения правовой нормы, примененной судом в конкретном деле, в связи с принятием судебного постановления, по которому подано заявление о пересмотре дела в порядке надзора, или в постановлении Президиума Верховного Суда РФ, вынесенном по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора, или в постановлении Пленума Верховного Суда РФ».

Думающие люди нашего времени уже дали критическую оценку данному законодательному нововведению, оценив его как «весьма спорное законодательное новшество»³. С этим, безусловно, можно согласиться, в очередной раз констати-

¹ Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Краснодар, 2005. С. 241.

² Шершеневич Г.Ф. Наука гражданского права в России. С. 235, 236.

³ Афанасьев С.Ф. Запрет поворота к худшему как транснациональный принцип гражданского процесса // Европейский гражданский процесс и исполнительное производство: сб. материалов Междуна-

ровав, насколько был прав Г.Ф. Шершеневич, давая нелицеприятную оценку российскому правосудию XIX в., запутавшемуся, подобно льву, в сетях прецедентов и решений вышестоящего суда. Не ожидает ли и наше правосудие по гражданским делам та же участь, если законодатель не задумается, насколько правильным и продуманным было такое нововведение? Ведь, как верно замечает А.Р. Султанов, устанавливая жесткий образец применения права для нижестоящего суда, Верховный Суд РФ не решает проблему законности решений нижестоящих судов, поскольку тем самым снижается ответственность нижестоящих судов за правильное толкование норм права. Имеется в виду позитивная ответственность, которая проявляется в способности самостоятельно выполнять свою работу так, как должно¹.

Неужели мы не хотим иметь достойное правосудие и самостоятельных независимых судей?

Как видим, процессуальные вопросы, которые поднимались в трудах Г.Ф. Шершеневича, актуальны до настоящего времени и побуждают к размышлению, а при внимательном анализе дают почву для последующего совершенствования российского законодательства либо для исправления уже допущенных при его «улучшении» ошибок.

С.А. Рыбкина,

аспирант кафедры гражданского процесса,
Саратовская государственная юридическая академия

К вопросу о мировом соглашении сторон

Рассматривая понятие мирового соглашения в современном гражданском процессуальном законодательстве, нельзя обойтись без обращения к основным идеям дореволюционного периода, касающихся данного вопроса. Авторитетными для нас являются правовые воззрения Г.Ф. Шершеневича, известного русского правоведа, внесшего значительный вклад в развитие российской юриспруденции.

Идеи Г.Ф. Шершеневича о «мировой сделке» (в настоящее время законодатель использует термин «мировое соглашение») сохраняют свое значение и по сей день, оставаясь современными и актуальными.

Так, Г.Ф. Шершеневич определяет цель мировой сделки в том, «чтобы ценою обоюдных жертв устранить или предупредить споры, процессы, памятуя, что худой мир лучше доброй ссоры»².

Действительно, преимущество мирового соглашения над судебным решением очевидно, как более выгодный вариант для сторон, экономящий процессуальное время и материальные средства. Одной из задач подготовки дела к судебному разбирательству является примирение сторон (ст. 148 ГПК РФ). При решении дан-

науч.-практ. конф., г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 25 марта 2011 г. / отв. ред. Д.Х. Валеев. М., 2012; *Воронцова И.В.* Постановления Пленума ВС РФ и их влияние на российское гражданское судопроизводство // Вестник гражданского процесса. 2012. № 4. С. 68–99.

¹ См.: *Султанов А.Р.* Правовая определенность и судебное нормотворчество // Законодательство и экономика. 2007. № 11.

² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 2. М., 2005. С. 125.

ной задачи судья, с учетом положений постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 11 (в ред. от 9 февраля 2012 г.) «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству», должен разъяснить сторонам не только их право окончить дело мировым соглашением, но и суть и преимущество примирительных процедур, а также правовые последствия их реализации.

Закрепляя данную задачу в ГПК РФ, законодатель подчеркнул, что заключение мирового соглашения является предпочтительным способом урегулирования гражданско-правового спора как с точки зрения самих сторон, так и с точки зрения государства¹. Однако заключение соглашения допустимо не по каждой категории дел, поэтому перед судом стоит задача — выяснить при подготовке дела к судебному разбирательству возможность разрешения спора мировым соглашением.

Г.Ф. Шершеневич выделял три признака, определяющих мировую сделку².

1. Мировая сделка является договором. Ученым отмечено, что все субъективные и объективные условия, установленные для договоров, имеют полное применение к мировым сделкам. Мировой сделке свойственны двусторонность и возмездность³. Далее Г.Ф. Шершеневич пояснял, что со времени мировой сделки каждая из сторон имеет право требовать от другой только того, к чему та обязалась в силу договора⁴.

2. Необходима сомнительность прав как основание, как побудительная причина к заключению мировой сделки.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, стороны, идущие на заключение мировой сделки, должны сомневаться в неопровержимости своих прав и быть неуверенными в благополучном исходе процесса. В свою очередь мировая сделка относительно прав, не вызывающих сомнения, утрачивает значение мировой сделки и принимает дарственный характер⁵.

3. Взаимность уступок.

При этом Г.Ф. Шершеневич поясняет свою точку зрения следующим образом: «Каждый контрагент отступает в части от своего права ввиду такого же отступления с другой стороны. Где нет взаимности, там нет мировой сделки, а есть только дарение». Ученый приходит к выводу, что в процессе заключения мировой сделки стороны устраняют существующее между ними спорное отношение путем взаимных уступок⁶.

Г.Ф. Шершеневич в своих научных трудах сформулировал понятие мировой сделки, под которой понимал «договор, в силу которого контрагенты обязываются ко взаимным уступкам в виду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав»⁷.

Данной позиции придерживаются и современные процессуалисты. Так, по мнению Г.Л. Осокиной, мировое соглашение представляет собой договор, в силу которого стороны определяют свои права и обязанности в спорном правоотношении на основе взаимных уступок⁸.

¹ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В.В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 318 (автор главы — А.Г. Плешанов).

² Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 126.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 128.

⁵ Там же. С. 126.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 439.

⁷ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 125.

⁸ Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С. 168.

С.А. Иванова дает следующее определение мирового соглашения — это двухсторонний договор, в котором стороны идут на взаимные уступки друг другу, определяя свои права и обязанности по спорному правоотношению¹.

М.С. Шакарян считает, что мировое соглашение — это сделка, заключенная сторонами в процессе и утвержденная судом, по которой стороны путем взаимных уступок по-новому определяют свои материальные права и обязанности, прекращая возникший между ними спор².

Свобода волеизъявления сторон на заключение мирового соглашения реализуется через ст. 421 ГК РФ, закрепляющую принцип свободы договора, т.е. стороны свободны в выборе условий, на которых оно будет заключено. Ввиду того, что мировое соглашение, по сути, является гражданско-правовой сделкой, оно должно отвечать всем требованиям закона о ее недействительности (ст. 168–169 ГК РФ). Если действия сторон не противоречат закону и не нарушают права и охраняемые законом интересы других лиц, суд утверждает мировое соглашение (ст. 39 ГПК РФ). Также и Г.Ф. Шершеневич отмечал, что содержание мировой сделки «не должно противоречить законам и нравственности»³.

Подводя итог, отметим, что указанные идеи известного русского правоведа оказали немаловажное влияние на развитие гражданского процессуального законодательства. Высказанные им доводы восприняты не только современной наукой, но и законодателем.

И.Д. Симонов,

аспирант кафедры гражданского процессуального
и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Правовая природа компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок (изучение некоторых современных процессуальных явлений через призму воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича на институт компенсации морального вреда)

Само словосочетание «компенсация за нарушение права на судопроизводство» отсылает к понятию правонарушения. Как указывал Г.Ф. Шершеневич, «под этим именем понимается недозволенное действие, нарушающее чужое субъективное право причинением имущественного вреда». В дореволюционной России гражданское законодательство не содержало норм, предусматривающих возможность компенсации иного вреда, чем имущественного. Компенсация за личное оскорбление

¹ Гражданский процесс: учебник / под ред. М.К. Треушникова. М., 2003. С. 122 (автор главы — С.А. Иванова).

² Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. М.С. Шакарян. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 108 (автор главы — М.С. Шакарян).

³ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. С. 126.

могла быть взыскана в порядке гражданского судопроизводства только в случаях, если она косвенно отражалась на имущественных интересах потерпевшего. Так, Г.Ф. Шершеневич оценивал возможность возмещение вреда при личном оскорблении: «Нравственный вред, причиненный нарушением чужого права, не поддающийся оценке на деньги, не может быть возмещен юридическими средствами, например, в случае личного оскорбления, так как между нравственным вредом и материальным вознаграждением нет общего мерила».

Данное утверждение, полагаем, основано на двух проблемах, которые подчеркивал выдающийся дореволюционный ученый и которые не позволяли принять такой институт, как компенсация неимущественного вреда.

Во-первых, если нарушено субъективное право, но вред имуществу не причинен, то возникает вопрос, как определить размер «вознаграждения» за то, что невозможно оценить. Однозначно оценить нравственные страдания тяжело, поскольку в различных случаях причинения неимущественного вреда очень субъективно.

Оценка размера причиненного неимущественного вреда очень субъективная категория, которую невозможно определить рамками законодательства. Данное утверждение актуально и для настоящего времени, однако современное законодательство предоставляет возможность компенсировать неимущественный вред.

Во-вторых, на указанном отношении сказался менталитет, свойственный российскому дворянству, из которого, как правило, формировался корпус дореволюционных российских юристов. Доминирующий подход к этому вопросу Г.Ф. Шершеневич выразил так: «Личное оскорбление не допускает никакой имущественной оценки, потому что оно причиняет нравственный, а не имущественный вред, если только оно не отражается косвенно на материальных интересах, например на кредите оскорбленного (т. X, ч. 1, ст. 670)... Разве какой-нибудь порядочный человек позволит себе воспользоваться ст. 670 для того, чтобы ценой собственного достоинства получить мнимое возмещение? Разве закон этот не стоит препятствием на пути укрепления в каждом человеке уважения к личности, поддерживая в малосостоятельных лицах, например лакеях при ресторанах, надежду «сорвать» некоторую сумму денег за поступки богатого купчика, которые должны были бы возбудить оскорбление нравственных чувств и заставить испытать именно нравственный вред. Отмена такого закона была бы крупным шагом вперед».

Таким образом, защита нравственных категорий и идеалов происходила вне правового поля.

Нечто похожее на современное представление о компенсации морального вреда содержится в дореволюционном российском законодательстве.

Так, Г.Ф. Шершеневич отмечает два случая, в соответствии с действовавшим на тот период законодательством, когда возможно было взыскать за неимущественный вред.

Во-первых, «закон наш, рядом с уголовным удовлетворением, предоставляет на выбор потерпевшему право требовать в свою пользу платежа пени, являющейся остатком того времени, когда все наказания носили частный характер. Размер пени или так называемого бесчестия, смотря по состоянию или званию обиженного и по особым отношениям обидчика к обиженному, не превышает 50 рублей».

В данном случае идет речь об уголовной ответственности лица, совместно с которой возможно было требовать платежа пени за обиду.

Во-вторых, «законодательство наше предусматривает целый ряд преступлений против женской чести, соединенных с обязанностью вознаграждения». Это свидетельствует не только об особом отношении к чести женщины, но и о том, что выделяя отдельный вид преступлений, законодательство 1851 г. все же предусматривало компенсацию за нарушение неимущественного субъективного права.

В последующем послевоенная ситуация привела к переформированию аристократического корпуса юристов, места которого заполнили юристы нового поколения, происходившие, как правило, из других, порой не совсем образованных слоев общества.

После революции 1917 г. менталитет российского общества существенно изменился, но это не изменило отрицательного (хотя уже и по другим основаниям) отношения к возмещению в денежной форме морального вреда. Преобладающим оказалось мнение о недопустимости такого возмещения, в связи с чем и гражданское законодательство послереволюционной России до 1990 г. не предусматривало ни самого понятия морального вреда, ни возможности его возмещения.

Современное гражданское законодательство не только предусматривает возмещение вреда, причиненного неимущественным правам человека, но и расширяет границы применения института компенсации морального вреда.

Институт возмещения при нарушении субъективного неимущественного права теперь охватывает правоотношения, возникающие не только в сфере материального, но и в сфере процессуального права.

Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» ввел в себя одновременно нормы процессуального и материального права, и привнес в систему российского законодательства множество правовых новелл. Считаем, что указанный Закон расширил границы применения уже существующего вида ответственности за нарушение неимущественного права, введя ответственность без вины за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок.

В п. 47 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 30/64 указано, что присуждаемая компенсация представляет собой денежное возмещение вреда, причиненного вследствие нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, выплачиваемое независимо от вины органа или должностного лица, причинивших этот вред. При нарушении права на судопроизводство в разумный срок или исполнение судебного акта в разумный срок, то лицо, чьи права были нарушены, имеет право на компенсацию, которая проявляется в том числе и как средство защиты своих прав.

Собственно, и цель денежной компенсации морального вреда состоит в сглаживании вреда путем выработки у потерпевшего положительных эмоций, позволяющих полностью или частично устранить психический или психологический вред, возникший в результате правонарушения, т.е. восстановить психическое, психологическое, а при определенных условиях — моральное его благополучие. «Слово «компенсация» (латинского происхождения) в переводе на русский язык означа-

ет возмещение, вознаграждение за утерянное или уступленное». При нарушении права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок также причиняются нравственные страдания лицу, заключающиеся в том, что его право на судопроизводство нарушено и восстановить его самостоятельно он не сможет.

Можно сделать вывод о том, что компенсация морального вреда и компенсация за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или исполнение судебного акта в разумный срок соотносятся между собой как общее и частное, поскольку присуждение компенсации есть разновидность компенсации морального вреда за предусмотренный законом процессуальный деликт. Согласимся с мнением А.В. Юдина о том, что «можно предположить, что она (компенсация за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или исполнение судебного акта в разумный срок) является формой компенсации морального вреда. ГК РФ употребляет термин «компенсация» применительно к компенсации морального вреда (ст. 151). Если сопоставить основания ответственности в виде компенсации морального вреда (физические или нравственные страдания, причиненные действиями, нарушающими личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага – ч. 1 ст. 151) с основаниями ответственности в виде взыскания компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок, то можно усмотреть их общность...».

Сопоставляя критерии Г.Ф. Шершеневича об ответственности за причинение вреда неимущественным правам (выделенные нами ранее) с современной концепцией права об ответственности за вред, причиненный за нарушение права на судопроизводство в разумный срок, или права на исполнение судебного акта в разумный срок, приходим к следующим выводам.

1. Г.Ф. Шершеневич утверждал, что для возмещения нравственного вреда тяжело найти материальное «мерило». Действительно, нравственный вред, причиненный нарушением неимущественного права, тяжело оценить. Критерии оценки такого вреда не могут быть универсальными для всех без исключения случаев. Однако не возмещая и не компенсируя такой вред вообще, мы допускаем «большее зло», оставляя нарушение личных неимущественных прав без всякой реакции со стороны государства.

2. Г.Ф. Шершеневич допускал возмещение вреда только в случае, если это отразилось на имущественных интересах потерпевшего. В рассматриваемом нами случае нарушение права на судопроизводство также может отразиться на имущественной сфере потерпевшего лица. Кроме того, в настоящее время мы понимаем гражданское правонарушение широко, по причине того, что под законодательное регулирование подпадают и личные неимущественные права.

3. С точки зрения Г.Ф. Шершеневича, защита неимущественных прав лежит вне правового поля. Однако восстановить личное неимущественное право не всегда возможно вне права. Лицо, чье право на судопроизводство в разумный срок нарушено, не способно самостоятельно восстановить такое право либо как-то возместить причиненный ущерб. Соответственно, государство, выступая гарантом конституционного права на судебную защиту должно нести ответственность за нарушение таких прав, поскольку не смогло обеспечить надлежащее исполнение данного права.

Т.В. Соловьева,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса,
Саратовская государственная юридическая академия

Цели реализации постановлений высших судебных органов*

Реализация постановлений высших судебных органов, являясь процедурой, осуществляемой определенными субъектами права, направлена на получение результата в определенных целях.

Цель реализации постановлений высших судебных органов — это конечный желаемый результат, на который направлена деятельность определенных субъектов права. Поскольку мы рассматриваем реализацию постановлений высших судебных органов в гражданском судопроизводстве, то необходимо отметить взаимосвязь и взаимозависимость целей деятельности высших судебных органов, целей гражданского судопроизводства и целей реализации постановлений высших судебных органов.

Полагаем, что все полномочия высших судебных органов можно разделить на действия, непосредственно направленные на восстановление и защиту нарушенных или оспоренных прав и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований и других лиц; действия, направленные на обеспечение единства судебной практики путем осуществления толкования нормативно-правовых положений, и действия, направленные на совершенствование законодательства, являющиеся следствием осуществления права законодательной инициативы, которые опосредованно направлены на защиту прав, свобод и законных интересов заинтересованных субъектов. С учетом предложенного деления отметим, что основной (стратегической) и первичной целью деятельности высших судебных органов будет являться обеспечение права на судебную защиту заинтересованных субъектов. Цель защиты прав, свобод и законных интересов заинтересованных субъектов как непосредственная цель деятельности высших судебных органов закреплена на законодательном уровне.

Итак, Европейский Суд по правам человека действует в целях обеспечения соблюдения обязательств, принятых на себя государствами по Конвенции о защите прав и основных свобод и Протоколам к ней (ст. 19 Конвенции), в частности в целях обеспечения права на справедливое судебное разбирательство (ст. 6 Конвенции).

Конституционный Суд РФ осуществляет свои полномочия в целях защиты основ конституционного строя, основных прав и свобод человека и гражданина, обеспечения верховенства и прямого действия Конституции РФ на всей территории Российской Федерации (ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Верховный Суд РФ, являясь высшим судебным органом в системе судов общей юрисдикции, осуществляет деятельность, связанную с рассмотрением и разреше-

* Исследование выполнено при поддержке Министерства образования и науки РФ, соглашение 14.В37.21.1015.

нием дел в целях «защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, других лиц, являющихся субъектами гражданских, трудовых или иных правоотношений» (ст. 2 ГПК РФ).

Таким образом, мы можем констатировать, что цель — защита прав и законных интересов всех заинтересованных субъектов — характерна для деятельности всех высших судебных органов, а поскольку постановления являются конечным результатом деятельности высших судебных органов, то можно говорить, что без должной их реализации не будет достигнута цель деятельности данных органов, а следовательно, и защита прав и интересов заинтересованных субъектов права.

Касательно деятельности высших судебных органов, связанной с толкованием нормативно-правовых актов, стоит отметить, что она имеет целью унифицирование судебной практики. Это относится, например, к деятельности Пленума Верховного Суда РФ, не связанной с рассмотрением и разрешением дел. Так, в п. 1 ч. 1 ст. 14 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» закреплено, что Пленум Верховного Суда РФ дает судам общей юрисдикции разъяснения по вопросам применения законодательства в целях обеспечения единства судебной практики.

Право законодательной инициативы осуществляется высшими судебными органами в целях совершенствования нормативных правовых актов, путем внесения изменений и дополнений в законодательство, что в свою очередь также направлено на обеспечение полноценной судебной защиты заинтересованных субъектов.

Общеизвестно, что основная цель гражданского судопроизводства закреплена в ст. 2 ГПК РФ и суть ее в защите прав, свобод и законных интересов заинтересованных субъектов. Кроме того, в гражданском судопроизводстве принято выделять также вспомогательные, второстепенные цели, такие как укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений, формирование уважительного отношения к закону и суду¹.

Обозначив цели деятельности высших судебных органов и цели гражданского судопроизводства, необходимо определить цели реализации постановлений высших судебных органов в гражданском судопроизводстве.

Поскольку мы рассматриваем реализацию постановлений высших судебных органов именно в гражданском судопроизводстве, то нас интересуют те постановления, которые являются результатом деятельности высших судебных органов, связанной с толкованием законодательства и осуществлением права законодательной инициативы.

Безусловно, основной целью реализации постановлений высших судебных органов, принятых по результатам толкования, в гражданском судопроизводстве будет являться обеспечение единства судебной практики. Данная цель будет достигаться непосредственно путем исполнения, выполнения, соблюдения данных актов судами общей юрисдикции при рассмотрении и разрешении гражданских дел.

Реализация постановлений, принятых по итогам осуществления права законодательной инициативы высшими судебными органами, осуществляется за рамка-

¹ См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы: монография. М., 2010. С. 58.

ми гражданского судопроизводства, поскольку данные постановления адресованы законодателю. Однако эти постановления также направлены на достижение главной цели гражданского судопроизводства, закрепленной в ст. 2 ГПК РФ, однако опосредованно. Думается, основной целью реализации таких постановлений является совершенствование законодательства.

Например, в 2003 г. Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление № 3 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»»¹. Отметим, что данное Постановление было реализовано законодателем и 28 июля 2004 г. Федеральным законом в ГПК РФ были внесены предложенные Верховным Судом РФ изменения, в результате которых заинтересованное лицо получило право повторного обращения в суд с тем заявлением о том же предмете и по тем же основаниям, что исключала предыдущая редакция ст. 247 ГПК РФ, тем самым нарушая право на судебную защиту. Иными словами, реализация данного Постановления направлена на достижение целей, указанных в ст. 2 ГПК РФ.

Кроме того, вторичными (тактическими) целями реализации постановлений высших судебных органов являются ориентирование в процессе правоприменения, воспитание заинтересованных субъектов при участии в гражданском судопроизводстве, регулирование общественных отношений, возникающих при отправлении правосудия, предупреждение правонарушений.

Поскольку постановления высших судебных органов в большей части адресованы судам и судьям при отправлении правосудия, то они, безусловно, определяют направления правоприменения, регулируют общественные отношения. Это вытекает и из целей деятельности, а также компетенции высших судебных органов.

Таким образом, мы можем констатировать общность целей деятельности высших судебных органов, гражданского судопроизводства и реализации постановлений высших судебных органов, что объясняется сущностью правосудия.

Реализация постановлений высших судебных органов происходит не только в гражданском судопроизводстве, но и за его рамками. В этой связи необходимо разделять и цели реализации постановлений. Так, первичной целью реализации постановлений высших судебных органов в гражданском судопроизводстве является обеспечение полной защиты прав, свобод и интересов заинтересованных субъектов, а вторичными целями являются ориентирование судей в процессе правоприменения и регулирование общественных отношений, возникающих при отправлении правосудия.

Целью реализации постановлений высших судебных органов, содержащих толкование нормативных правовых актов, является обеспечение единства судебной практики. Цель реализации постановлений высших судебных органов за пределами гражданского судопроизводства есть совершенствование законодательства. Иными словами, реализация постановлений высших судебных органов, направленных на обеспечение единства судебной практики и совершенствование законодатель-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2003 г. № 3 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»» // http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=1179

ства, есть промежуточный этап в достижении целей гражданского судопроизводства, закрепленных в ст. 2 ГПК РФ.

Отметим, что реализация постановлений высших судебных органов в гражданском судопроизводстве судами общей юрисдикции в целом направлена на достижение соответствия судебной защиты в Российской Федерации мировым стандартам права на судебную защиту.

Е.Е. Уксусова,

доцент, зам. зав. кафедрой гражданского процесса,
Московский государственный юридический
университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

Специализация судов и процессуальной формы на примере дел о банкротстве

В системе действующего национального законодательного регулирования несостоятельности (банкротства) особое место занимает сфера судопроизводства, которая характеризуется специализацией как арбитражных судов, так и арбитражной процессуальной формы, ибо порядок судопроизводства по делам о банкротстве обладает значительными особенностями.

Богата историческая многовековая ретроспектива законодательного регулирования судопроизводства по делам о банкротстве в России. В течение XIX в. были созданы материальное и процессуальное законодательство сферы несостоятельности (банкротства) и судебная практика, которые, судя по глубоким научным исследованиям в данной области юриспруденции, среди которых известная работа «Конкурсный процесс»¹ российского ученого Г.Ф. Шершеневича, позволяли признать высокую эффективность функционирования системы банкротства.

В начале 90-х годов прошлого столетия начавшиеся преобразования правовой системы в России, призванные создать рыночную экономику, привели к потребности восстановления института банкротства и воссоздания экономического (коммерческого) правосудия, существовавшего в России до 1917 г., создания отдельной специализированной системы арбитражных судов, приспособленной к решению предпринимательских экономических споров в современной России².

Специализация арбитражных судов в современной России по делам о банкротстве. Начало современному специальному законодательному регулированию банкротства, включая сферу судопроизводства, положил Закон РФ от 19 ноября 1992 г. «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» (далее – Закон 1992 г.). К компетенции арбитражных судов была отнесена новая категория гражданских дел, не обозначенная принятым ранее АПК РФ 1992 г., являющимся первым базовым

¹ Данное произведение было издано в 1912 г. в качестве отд. VII т. IV «Курса торгового права» (см.: Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс. М., 2000).

² См.: Яковлев В.Ф., Семагин Г.Ю. Экономическое (коммерческое) правосудие в России. В 4 т. Т. 4: Арбитражное правосудие в Российской Федерации / отв. ред. Б.Я. Полонский. М., 2006. С. 7–15.

кодифицированным законом, определяющим арбитражную процессуальную форму судопроизводства рассмотрения арбитражными судами отнесенных к их ведению гражданских дел.

Наряду с правилами о судебной подведомственности и подсудности дел о несостоятельности арбитражным судам Закон 1992 г., его разд. II, содержал отдельные правила судопроизводства. Действовавший на тот период времени и принятый ранее АПК РФ 1992 г. не предусматривал каких-либо специальных правил судопроизводства по делам о несостоятельности (банкротстве) предприятий. В действовавший АПК РФ 1992 г. через год после его принятия были внесены отдельные специальные дополнения относительно дел о банкротстве. В дальнейшем современное становление процессуального законодательства сферы несостоятельности (банкротства) находило более развернутое специальное процессуальное регулирование на уровне АПК РФ 1995 г. и 2002 г. и специальных федеральных законов о банкротстве.

Порядок судопроизводства по делам о банкротстве в действующем АПК РФ 2002 г. получил более определенное обособленное и расширенное специальное процессуальное законодательное установление. Не только специальная гл. 28, но и другие главы АПК РФ (гл. 1, 2, 4, 5) включили специальные нормы, регулирующие производство по делам о несостоятельности (банкротстве), не исключив, к сожалению, дублирования отдельных из них. Дела о несостоятельности (банкротстве) относятся к специальной подведомственности и исключительной подсудности арбитражных судов.

Наличие таких специальных правил лишь свидетельствует о том, что с позиций законодательного регулирования производство по делам о несостоятельности (банкротстве) является составной частью системы арбитражного процесса, связано общими правилами судопроизводства и направлено на достижение общих задач судопроизводства в арбитражных судах. При этом, будучи его разновидностью, такое производство имеет свою процессуальную специализацию с учетом природы дел, предмета судебной защиты и особенностей материально-правового и процессуального регулирования законами о банкротстве.

Можно признать закономерно сложившейся специализацией арбитражных судов по рассмотрению дел о несостоятельности (банкротстве).

Специализация арбитражной процессуальной формы. Процессуально-правовую специализацию судопроизводства по делам о банкротстве определяется АПК РФ и федеральными законами, регулирующими вопросы несостоятельности (банкротства). Процессуальный формат порядка рассмотрения дел о банкротстве включает как общие процессуальные правила, прежде всего правила искового производства, регламентирующие производство не только в первой, но и в последующих инстанциях арбитражных судов, так и специальные правила, закрепленные в АПК РФ и названных федеральных законах. Такой порядок является специальным¹ по отношению к исковому производству, общие правила которого применяются судом, если специальными процессуальными нормами не установлено иное. Более того, общие правила не могут применяться в том случае, если это не согла-

¹ Подробнее см.: Уксусова Е.Е. Определение надлежащего судебного порядка по гражданским судам // Журнал российского права. 2009. № 6. С. 77–92.

суется с сущностной характеристикой дела и особой процессуальной спецификой действующего специального регулирования судопроизводства. При этом актуален вопрос о соотношении общих и специальных правил судопроизводства по рассматриваемым делам¹.

Существование нормы, предусматривающей оставление заявления без рассмотрения, если заявлено требование, которое в соответствии с федеральным законом должно быть рассмотрено в деле о банкротстве (п. 4 ст. 148 АПК РФ), является еще одним из аргументов в пользу специализированного производства. По своей структуре, организации и предмету защиты производство по делу о банкротстве не в пример значительно многограннее, сложнее и шире производств по другим гражданским делам, оно консолидированное².

С одной стороны, внешней составляющей возбуждаемого производства является требование о признании должника несостоятельным (банкротом), связанное с определением особого состояния его имущества, называемого несостоятельностью, устанавливаемого судебным порядком, который имеет место тогда, когда «имущество должника внушает основательные опасения в недостаточности его для удовлетворения всех требований, предъявляемых и ожидаемых»³. Поэтому в самом названии дела отражается его материально-правовая специфика, обусловленная данным требованием, вносимым на рассмотрение арбитражного суда, в отношении которого тот принимает решение. Это требование, будучи основным, делает судопроизводство по делу о банкротстве консолидированным, единым и главным для всех участников процесса.

С другой стороны, требование о признании должника несостоятельным (банкротом) хотя и основное, но далеко не единственное.

Объективное соединение «мини-процессов», в том числе по требованиям кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, в одном консолидированном производстве по делу о банкротстве отражает имеющееся своеобразие «мини-процессов» с их собственным процессуальным проявлением, в частности, и производства по делу о банкротстве в целом по структуре, организации и предмету защиты.

Поэтому использование в определении понятия «порядок судопроизводства по делам о банкротстве»⁴ категории «имущественный конфликт» в материальном правовом смысле носит несколько абстрактный, чисто умозрительный характер, который до конца не отражает объективного правового содержания. Категория спора или правового конфликта применительно к предмету судебного рассмотрения доктриной процесса традиционно рассматривается через характер и субъектный состав спорного материального правоотношения. С позиций действующе-

¹ Такого рода проблемы возникают в практике арбитражных судов. Попытку решить их и выработать единую позицию ВАС РФ предпринял в рамках Научно-консультативного Совета 5 октября 2011 г., в заседании которого принял участие автор настоящей статьи (http://www.arbitr.ru/_upimg/AC17CABA_F3D92B45D7CFA1A7AFBA54E3_prot8.pdf); см. также: *Уксусова Е.Е.* Спорные моменты в применении некоторых норм АПК РФ // *эж-Юрист*. 2011. № 47. С. 15–16.

² Подробнее см.: *Уксусова Е.Е.* Специальный характер правового регулирования судопроизводства по делам о несостоятельности (банкротства) // *Журнал российского права*. 2009. № 12.

³ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 88.

⁴ Арбитражный процесс: учебник / под ред. В.В. Яркова. 2-е изд., пер. и доп., стер. М., 2005. С. 420–421 (автор гл. XVII – М.Л. Скуратовский).

го материального правового регулирования применительно к делу о банкротстве здесь нет единого спорного правоотношения, из которого такой конфликт мог бы вытекать, имеется множественность материальных спорных отношений с участием единственного должника и, как правило, кредиторов (а не одного кредитора).

Представляется, что монолитность судопроизводства определяется процессуальным регулированием, единым судебным порядком, который такую материально-правовую множественность «обнимает» в целях комплексной судебной защиты прав и интересов как кредиторов, так и должника, а также других лиц. При этом процессуальная монолитность задается и обеспечивается спецификой материального правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью (банкротством), правовыми понятиями, используемыми исключительно в целях применения Закона о банкротстве. Это прежде всего «несостоятельность (банкротство)», «кредиторы».

Поэтому и в рамках такого порядка — арбитражного процесса, процессуальных отношений по делу о банкротстве все кредиторы, будучи в материальных отношениях юридически автономны, имеют самостоятельное процессуальное положение, отличающееся спецификой в зависимости от категории кредиторов. Это проявляется как во вступлении в процесс, так и участия их в том или ином процессуальном качестве по делу о банкротстве. Процессуальный статус каждого кредитора в рамках дела о банкротстве базируется на самостоятельном фактическом и правовом основании.

Поэтому имеющаяся процессуальная специализация арбитражной процессуальной формы призвана обеспечить приспособление ее для реализации сложной и разносторонней компетенции арбитражных судов в связи с рассмотрением дел о несостоятельности (банкротстве).

Э.М. Фролович,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Понятие и правовая природа административно-правового спора

Арбитражному суду подведомственны дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности, в том числе об оспаривании ненормативных правовых актов органов государственной власти и органов местного самоуправления, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов и должностных лиц, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Каждый вид спора характеризуется определенными процессуальными особенностями рассмотрения дел и средств защиты прав сторон.

Производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, рассматривается некоторыми учеными одним из приоритетных. Например, в АПК РФ 1995 г. содержались лишь отдельные нормы, отражающие особенности рассмотрения дел из административных отношений. В АПК РФ 2002 г. впервые в самостоятельный раздел были выделены правовые нормы, регулирующие производство по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений. К ним, в частности, относятся следующие дела: об оспаривании нормативных и ненормативных актов (решений, действий) административных органов и должностных лиц, об административных правонарушениях, о взыскании обязательных платежей и санкций, об оспаривании решений административных органов. Статистика показывает, что количество дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, рассматриваемых арбитражными судами в настоящее время, мало уступает количеству дел по гражданско-правовым спорам. Если в 1995 г. количество административных дел в общем числе дел, прошедших через арбитражные суды, не превышало 2%, то в 2011 г. их доля составила 37,8% (в 2010 г. доля таких дел составляла 27,6%). При этом в 2011 г. по сравнению с показателем 2010 г. количество заявлений данной категории дел увеличилось почти на 42% (в 2010 г. подано 333 601 заявление, а в 2011 г. — 472 619)¹. В арбитражный суд Пермского края в 2011 г. поступило 8965 таких дел, что составило 33,7% от общего количества заявлений, что также больше, чем в 2010 г.²

Дела, возникающие из административно-правовых отношений, как вид судопроизводства относятся к административному судопроизводству, введены в качестве средства судебного контроля в сфере публично-правовых отношений, рассматриваются по общим правилам искового производства с теми особенностями, которые установлены для административного судопроизводства, но возбуждаются на основании заявления.

В российском правоведении административный спор как разновидность правового конфликта еще не стал предметом глубоких теоретических исследований. Дискуссия по проблемам рассмотрения судами споров, возникающих из административно-правовых отношений, активизировалась только после принятия Конституции СССР 1977 г. Статьей 58 Конституции была предусмотрена возможность обжалования действия должностных лиц в суд в установленном законом порядке. При этом законодатель не называл обращение заинтересованного лица в суд по этим делам исковым. Поэтому и возникал спор по вопросу о том, можно ли это производство именовать исковым³.

В ст. 46 Конституции РФ 1993 г. закреплено право обжалования в суд решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц. Конституция РФ также не называет форму обращения в суд иском, но предусматривает, что судебная власть осуществляется в том числе посредством административного судопроизводства. В теоретическом плане понимание административно-правового

¹ Аналитическая записка к статистическому отчету о работе арбитражных судов РФ в 2011 г. // http://www.arbitr.ru/_upimg/BF2D3B8F8961047431972C2285F4F18A_an_zap_2011.pdf

² Отчет о работе Арбитражного суда Пермского края за 2011 г. // <http://www.perm.arbitr.ru/files/pdf/Rez%20raboti%202011.pdf>

³ Арбитражный процесс: учебник / отв. ред. В.В. Ярков. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 372.

спора в значительной мере определяется используемыми для его интерпретации методологическими подходами. Выделяют формальный и материальный подходы.

Сторонники формального подхода (Г. Еллинек) считают административными спорами такие, которые рассматриваются в административных судах. Формальный подход имеет место и тогда, когда в качестве критерия берется особая процедура, в соответствии с которой решаются споры. Такой формальный критерий оказывается явно недостаточным, особенно в случаях, когда административные суды отсутствуют и разрешение конфликтных ситуаций в сфере государственного управления отнесено к компетенции общего суда¹.

Приверженцы материально-правового подхода (М. Ориу, Л. Дюги, С. Попович и др.) при определении административного спора исходят либо из особенностей его субъектного состава как особого правоотношения («субъектный» подход), либо из характера материально-правовых отношений, являющихся его предметом («предметный» подход). С точки зрения субъектной интерпретации в качестве административного должен рассматриваться спор, в котором орган управления выступает стороной, действия которой оспариваются, либо возбуждающей спор. Однако в этом случае оказывается, что административный спор возникает и тогда, когда органы управления реализуют нормы гражданского права².

Предметный подход опирается на две основные предпосылки: на различие между частным и публичным правом; на то, что органы государственного управления применяют в основном публичное, прежде всего административное право. Согласно этому подходу административный спор отсутствует, если органами исполнительной власти применяется частное право, и может существовать даже тогда, когда акт принят не органом государственного управления, а иной организацией, но этим актом применяются нормы административного права, вследствие чего спор приобретает административно-правовой характер. Отсюда следует вывод, что спор считается административным, если юридический вопрос, составляющий существо спора, является вопросом административного права. Действующий АПК РФ выделяет административные споры в отдельный вид и к характерным чертам таких споров относит: 1) неравноправное положение участников (сторон) в этих правоотношениях, поскольку, с одной стороны, в них выступает орган, должностное лицо, наделенное властными полномочиями, с другой стороны — организация, гражданин, не обладающий такими полномочиями; 2) суд осуществляет функцию, состоящую не только в разрешении спора, как в исковых делах, но и в производстве судебного контроля за законностью действия органов и должностных лиц. Публично-правовой характер отношений, подлежащих судебному рассмотрению, порождает необходимость специфичных форм процессуального порядка рассмотрения и разрешения указанных споров. При этом для таких дел необходимо и сохранение общих правил искового производства: основания для возбуждения производства, письменная форма обращения в суд, постадийное развитие процесса, возможность отказа от продолжения процесса, прекращение производства по делу и др.; производство по этим спорам — это дела не только из административных

¹ См.: *Зеленцов А.Б.* Административно-правовой спор: вопросы теории: монография. 2-е изд., испр. и доп. М., 2009.

² Там же.

отношений, но и из налоговых, конституционных, бюджетных и прочих публичных правоотношений¹.

Возникая из отношений неравного, нетождественного положения сторон, административный спор как процессуальное, охранительное правоотношение разворачивается между равноправными субъектами, ибо в этом случае отсутствует властное управляющее воздействие. В административном споре орган управления реализует не властные полномочия, а такие же права и обязанности, что предоставлены другой стороне — гражданину, т.е. права и обязанности, выражающиеся в формулировании, обосновании и доказывании своих требований и возражений². Это подтверждается ст. 19 Конституции РФ, которая предусматривает равенство власти, гражданина и общества, их правовое равенство перед законом и судом. При этом государство предстает как субъект права, обладающий особыми властными полномочиями, которые ограничены правами других субъектов. В случае неправомерного использования этих полномочий, вызывающего нарушение субъективных прав, между ними возможен спор о праве административном (публичном).

Правовое равенство сторон в административном споре, так же как и их неравенство в регулятивном административном правоотношении, имеет нормативно-правовое основание. Если законодатель полагает необходимым поставить участников административных отношений в такое положение, когда ни одна из сторон не может своей властью ликвидировать спорность субъективных прав, их конфликт приобретает качество правового спора. В этом плане споры о праве не могут быть ни вертикальными, ни горизонтальными, ибо это всегда конфликты равноправных сторон. Иное дело, что субъекты административного спора неравны фактически: с одной стороны, орган исполнительной власти или должностное лицо, в распоряжении которых находятся значительные информационные, людские и другие ресурсы, а с другой — гражданин, такими ресурсами не обладающий. Именно это обстоятельство должно в первую очередь предопределять специфику правовых процедур разрешения административного спора.

Таким образом, административно-правовой спор можно интерпретировать как юридический конфликт, характеризующийся следующими чертами: 1) возникает из конфликтных регулятивных правоотношений, имеющих властную или договорную природу (при нарушении административно-правовых договоров); 2) имеет своим источником противоречие, вызванное действительным или предполагаемым неправомерным поведением одной из сторон; 3) выражается в разногласиях сторон по поводу административных прав и обязанностей и (или) законности административных актов; 4) иницируется юридически значимым заявлением, предусмотренным соответствующими нормами права и оформляющим правовое притязание; 5) имеет в качестве легальной основы право на оспаривание неправомерных действий, включающее три правомочия: а) право на защиту субъективных прав от какого-либо незаконного посягательства или ущемления; б) право требовать от государства, его органов соблюдать и охранять гарантированные законом права, свободы, интересы; в) право прибегнуть к принудительной силе государства

¹ Арбитражный процесс: учебник / отв. ред. В.В. Ярков. С. 373.

² См.: *Слепченко Е.В.* Административное судопроизводство: понятие, единство и дифференциация // http://www.juristlib.ru/book_6627.html

для защиты прав и законных интересов от неправомерных действий (и решений) субъектов административного правоотношения (осуществляется в рамках определенных правовых процедур и разрешается компетентным органом путем признания несоответствующим закону правового поведения сторон и восстановления нарушенного права).

Таким образом, административный спор — это разногласия, возникающие из административно-правовых отношений, которые выражаются в расхождении, несходстве правовых позиций участников управленческого правоотношения по поводу их административных прав и обязанностей или законности правоприменительного либо нормативного административного акта.

РАЗДЕЛ 6. ВЛИЯНИЕ УЧЕНИЯ Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА НА СОВРЕМЕННЫЕ НАУЧНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ В ОБЛАСТИ ИСТОРИИ, ТЕОРИИ, ФИЛОСОФИИ ПРАВА И ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

ИСТОРИЯ ПРАВА

М.С. Арсанукаева,

д.ю.н., к.э.н., профессор,
Российская правовая академия;

А.К. Халифаева,

д.ю.н., профессор,
Дагестанский государственный университет

Роль обычая в правовой культуре народов Северного Кавказа (XIX – начало XX в.)

Изучение обычаев, в том числе правовых, исторически действующих у народов России, включая северокавказских горцев, всегда вызывало большой научный интерес и не потеряло своей актуальности и в настоящий период.

В научной литературе в течение многих десятилетий продолжается дискуссия по поводу основных понятий, используемых при анализе правовых обычаев отдельных народов. Одним из первых в России к этой теме обратился известный российский историк права Г.Ф. Шершеневич. В своем труде «Общая теория права» он писал: «Под именем правовых обычаев понимаются нормы права, которые устанавливаются самой общественной средой путем постоянного, однообразного соблюдения правил поведения»¹.

«Под обычным правом, — пишет советский этнограф А.М. Ладыженский, — надо понимать совокупность правил внешнего поведения, которые: 1) рассматриваются членами социального объединения как обязательные: а) на основании либо непосредственно влияющих условий общественной жизни или б) на основании какого-либо общественного авторитета, 2) исполняются членами данного общества,

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1 // http://www.pravo.vuzlib.org/book_zl617_page_53.html

а если их нарушают, то против этого борются систематически, применяя против нарушителей репрессивные меры»¹.

Д.Ю. Шапсугов находит, что подлинное понимание сущности обычного права возможно лишь в контексте правосознания и культуры народа, в рамках которых оно формируется и реализуется². И с такой позицией нельзя не согласиться.

Некоторые из современных исследователей выделяют черты, характерные для обычного права. В частности, А.Ю. Коркмазов указывает: 1) повторяемость; 2) спонтанность; 3) обязательность; 4) публичность (все акты совершаются при народе); 5) примитивность; 6) коллективность и др.³

Обычное право возникло и доминировало в обществах, находившихся на стадиях образования союзов племен, фратрий, конфедераций, т.е. догосударственного периода развития определенных социальных общностей, когда происходил отбор обычаев для внутри- и межплеменного общения и регулирования⁴. Так, до окончательного вхождения горцев Северного Кавказа в сферу российской государственности нормы обычного права, а с принятием ислама и шариат, обеспечивали определенную стабильность и поддерживали порядок в местных обществах. Правовые обычаи (адаты) регулировали общественные отношения на различных уровнях политической организации, например чеченских и ингушских обществ – «тукхумах», «тайпах», «гарах», «некях» и отдельных семьях («дъозал»). Новые нормы адатного права обсуждались на советах авторитетных членов местных обществ, пользовавшихся признанием и уважением в народе благодаря своим знаниям и жизненному опыту. Основу нормативно-регулятивной системы народов Северного Кавказа составили не религиозные, а морально-этические нормы, действие которых обеспечивалось силой обычая и традиций⁵.

По мнению Л.Г. Свечниковой, во всех горских обществах Северного Кавказа правовые обычаи, нашедшие свое отражение в адатах, выполняли следующие функции: 1) распределение материальных и духовных благ в соответствии со сложившимися общественными отношениями; 2) закрепление экономических и других общественных отношений⁶. Ф.И. Леонтович, рассуждая о чеченских адатах, имеет в виду суд «по некоторым принятым правилам или законам, установленным обычаем, освященным давностью»⁷.

После присоединения Чечни и Ингушетии к Российской империи переплетение норм адата, шариата и российского права становится характерной чертой ре-

¹ Ладыженский А.М. Методы этнологического изучения права // Этнологическое обозрение. 1995. № 4. С. 160.

² См.: Шапсугов Д.Ю. Современные проблемы исследования обычного права народов Северного Кавказа // Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. Ростов н/Д, 2006. С. 6.

³ См.: Коркмазов А.Ю. Обычное право и специфика его проявления в условиях Северного Кавказа // <http://www.nestu.ru>

⁴ См.: Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики / отв. ред. Г.В. Мальцев, Д.Ю. Шапсугов. Ростов н/Д, 1999. С. 40–41.

⁵ См.: Вертий М.Ю. Обычное право народов Северного Кавказа как феномен культуры: автореф. дис. ... к.филос.н. Ростов н/Д, 2003. С. 9.

⁶ См.: Свечникова Л.Г. Обычай в праве. Правовой обычай и обычное право в теоретико-правовых исследованиях зарубежной и отечественной научной мысли // Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. Ростов н/Д, 2006. С. 109.

⁷ Леонтович Ф.А. Адаты кавказских горцев. В 2 вып. Вып. 2. Одесса, 1883. С. 90–91.

гулирования общественных отношений этих народов. Обычаи кавказских народов стали вызывать интерес уже давно. Отдельные сведения о правовых нормах народов Северного Кавказа, в том числе чеченцев и ингушей, появляются в период Средневековья (XIV–XV вв.), а в XVIII–XIX вв. — систематизированные записи адатов, составленные европейскими и российскими авторами. Первые попытки собрать и систематизировать адаты российское правительство предприняло в конце XVIII — начале XIX в. Однако ощутимых результатов они не дали. В начале XIX в. отдается новое распоряжение. В 1818 г. по поручению командира Отдельного Кавказского корпуса генерала А.П. Ермолова эта работа велась на всех участках Кавказской линии. Отдельные сведения о нравах, обычаях и традициях горцев содержатся в донесениях самого кавказского командования, например во всеподданнейших рапортах генерала А.П. Ермолова¹, отношениях его преемника генерала гр. И.Ф. Паскевича вышестоящему военному начальству², отчетах других военных, включая офицеров и рядовых российской армии, побывавших в плену у горцев, путешественников и местных чиновников. Сведения о быте горцев содержатся в проектах покорения народов Кавказа 30–40-х гг. XIX в., сообщениях офицеров и рядовых российской армии, побывавших в плену у горцев, бывших дезертиров, перебежчиков от горцев.

В начале 1828 г. император Николай I приказывает военному министру графу А.Н. Чернышеву составить свод материалов о горских и кочевых народах Кавказа³. В 30–40-х гг. XIX в. по специальной программе проводился сбор адатов со слов «мирных» горцев, живущих на равнине. Программа не отличалась ни полнотой, ни конкретностью заданий⁴. Собранные материалы поступили в Одесский университет, где подверглись систематизации и внимательному изучению.

Активно данный процесс проходил во второй половине XIX в. В 1876 г. при отделении этнографии Русского географического общества создается особая комиссия для составления новой программы для собирания юридических обычаев с использованием ранее изданных программ по этому вопросу. Почти через 10 лет, в 1889 г., указанная программа была издана комиссией собрания народных юридических обычаев⁵. В 1897 г. при Юридическом обществе в Санкт-Петербурге было открыто отделение обычного права, сотрудники которого занимались сбором и систематизацией норм обычного права народов Российской империи. Те же задачи ставили перед собой Комиссия по изучению обычного права при этнографическом отделении Русского географического общества и Императорское общество любителей естествознания, антропологии и этнографии в 80-х гг. XIX в., проводившие глубокие исследования обычного права народов России. Однако, несмотря на всю свою значимость для науки, эти исследования носили преимущественно историко-этнографический характер⁶. Систематизация адатов позволила решить пробле-

¹ Российский военно-исторический архив (далее — РГВИА). Ф. 846. Оп. 16. Д. 6209. Лл. 1–2 об.

² РГВИА. Ф. 846. Оп. 16. Д. 6238. Лл. 2–4 об.

³ См.: Блокада и штурм замков Ахульго в 1839 г. // Кавказ. 1849. № 27. С. 107.

⁴ См.: *Гарданов В.К.* Обычное право как источник для изучения социальных отношений у народов Северного Кавказа в XVIII — нач. XIX в. // Советская этнография. 1960. № 5. С. 19.

⁵ См.: *Гандарова Л.Б.* Обычное право ингушей: дис. ... к.ю.н. СПб., 2004. С. 72.

⁶ См.: *Нефедов В.Н.* Обычное право адыгов и казаков Северо-Западного Кавказа: функционирование и преобразование (конец XVIII–XX вв.): автореф. дис. ... к.ю.н. Ростов н/Д, 2001. С. 10–11.

му их отбора и приспособления к российскому законодательству и судопроизводству в новых горских судах¹.

Таким образом, представители российской администрации отдавали предпочтение адату. Напротив, шариат, основанный на исламе и взятый на вооружение мюридизмом, под знаменем которого развивалось движение горцев Дагестана и Чечни в 20–50-х гг. XIX в., не мог сохранять свои прежние позиции. Однако местные имамы пытались утвердить нормы шариата любыми средствами. Так, еще в начале XIX в. Кази-мулла, первый имам Дагестана и Чечни, в одном из обращений к горцам обличает адаты следующим образом: «Книги обычая — это кодексы рабов, коварного шайтана...»² Идеи имама были подхвачены его сторонниками в Чечне, в частности Ташов-хаджи³. Особенно жестко преследовал адат третий имам — Шамиль⁴.

В 20-х годах XIX в. предпринимались попытки создать народный суд для «чеченских народов над Сунжею и выше к горам» с применением адатов с предварительной их систематизацией и отбором⁵. Преимущественно адаты стали применяться в судах, введенных для горцев в 60–70-х годах XIX в., например, в Чеченском народном суде (Мэхкемэ Чачани), учрежденном в 1852 г. в кр. Грозной по инициативе князя А.И. Барятинского⁶. В декабре 1862 г. в письме великому князю Михаилу Николаевичу он писал о необходимости возрождения адата в противовес шариату⁷. Конечной целью становится замена в судах для кавказских горцев адата и шариата нормами российского права, как это еще в начале XIX в. произошло по тяжким уголовным преступлениям.

Е.С. Вовнякова,

преподаватель, Воронежский филиал Российской академии
народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Мотивы правового поведения европейского средневекового общества в аспекте влияния канонического права

Вопрос о причинах, по которым законы в государстве соблюдаются или нет, не оставляет ученых юристов уже многие столетия. Ценностные и моральные установки занимают среди них одно из первых мест.

Среди видных отечественных ученых мотивы правового поведения затрагивал в своих исследованиях и Г.Ф. Шершеневич.

¹ См.: Гарданов В.К. Указ. соч. С. 19.

² Хроника Мухаммеда-Тахира ал-Карахи / пер. А.М. Барабанова; предисл. и ред. И.Ю. Крачковского. М.; Л., 1941. С. 36–37.

³ РГВИА. Ф. 13454. Оп. 8. Д. 17. Лл. 6–6 об.

⁴ Ризванов Р. Дело Имама Шамиля. Махачкала, 1992. С. 77; Гаммер М. Шамиль. Мусульманское сопротивление царизму. Завоевание Чечни и Дагестана. М., 1998. С. 321.

⁵ РГВИА. Ф. 13454. Оп. 8. Д. 73. Лл. 8–8 об.

⁶ См.: Зиссерман А.Л. Фельдмаршал князь Александр Иванович Барятинский. 1815–1879. В 3 т. Т. 1. М., 1888. С. 217.

⁷ См.: Россия в Кавказской войне. Исторические чтения / сост. Я.А. Гордин. СПб., 2000. С. 113.

В работе «Общая теория права» 1912 г. Г.Ф. Шершеневич объясняет: готовность подчиняться нормам, понимание своих прав и готовность отстаивать их и другие составные части того, что в современной правовой науке принято называть правосознанием, действием воспитывающей среды. Он отмечает, что народ, приученный государственным строем и системой государственного управления к точному соблюдению норм права, «проникается уважением к законному порядку, усваивает себе наклонность следовать установленным законам». В то же время народ, воспитанный в атмосфере постоянного нарушения законов на всех уровнях власти, отличается устойчивым правовым нигилизмом¹.

Представляется, что черты народа, описанные Г.Ф. Шершеневичем, как то: склонность к соблюдению законов, привычка отстаивать всеми законными средствами свои права, реагировать на нарушение законных интересов, недоброжелательное отношение к нарушителям правового порядка, образуют черты правосознания, характерного для определенной нации².

Автор настоящей статьи разделяет обозначенные выше наблюдения и считает, что ярким примером народа, отличающего вышеупомянутыми характерными чертами менталитета и правосознания, может послужить европейское общество.

Представляется, что именно в странах Европы обществу присущ ряд таких необходимых для успешного функционирования и развития права черт, как высокий уровень правовой культуры, нормативность правосознания, уважение к праву. Эти особенности уже давно воспринимаются как характерные для европейского общества.

Принимая нормативность как наиболее яркую черту правосознания европейского общества, в настоящей статье автор постарается кратко осветить причины, обусловившие данный феномен.

Европейское общество почти весь период своего существования формировалось под влиянием христианской религии и католической церкви.

Христианство зародилось в Римской империи и впоследствии распространилось на всю территорию Европы. Почти до середины XVII в. римская католическая церковь оставалась самой авторитетной организацией — преобладающее большинство европейских стран были христианскими, а власть церкви — надгосударственной, что заранее обусловило авторитет и могущество созданного церковью права.

Каноническое право (*jus canonicum*) в самом простом значении есть право, созданное церковью³. Либери Джероза дает более подробное определение канонического права, характеризуя его как совокупность всех церковных канонов, регулирующих внутреннюю организацию церкви, способ и порядок совершения ритуалов и таинств⁴. Однако такое определение представляется слишком узким по следующим причинам.

Во-первых, помимо непосредственно канонов к источникам канонического права относились и многие другие акты церкви, пап и даже дидахе (первоначальное христианское учение, переданное Двенадцатью апостолами, содержащее как нравственные заповеди, так и рекомендации по устройству христианской общины) и ди-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911. С. 177.

² См. там же. С. 178.

³ Вишневский А.А. Каноническое право. Древняя Церковь и Западная традиция. М., 2006. С. 7.

⁴ Либери Джероза. Каноническое право в Католической Церкви. М, 1996. С. 27.

даскалии (по сути представляющие собой кодекс ранней епископальной церкви). Во-вторых, кроме норм, регулирующих непосредственно деятельность и устройство церкви, в систему канонического права входили положения о дисциплине мирян, о преступлениях, некоторые нормы договорного права в Средние века.

Ученые выделяют три исторических этапа в развитии канонического права: каноническое право Древней церкви (право Апостольских канонов и семи Вселенских соборов, действовавшее до разделения христианской церкви на Восточную и Западную), каноническое право Средних веков и современное каноническое право¹. В рамках настоящей статьи особый интерес представляет именно право Древней церкви и средневековое каноническое право, поскольку на протяжении этого длительного периода была заложена основа нынешнего облика европейского общества.

Право Древней церкви составляют несколько различных по своей сути источников. В праве данного периода можно выделить учительскую и соборную традицию. Учительская традиция представлена непосредственно дидахе, дидаскалиями и апостольскими постановлениями. Постановления Вселенских соборов относились к соборной традиции канонического права Древней церкви и оставались важными источниками вплоть до средневекового периода.

Источниками канонического права Средних веков принято считать многочисленные декреты римских пап — решения пап, принятые в различных формах по вопросам дисциплины, а также акты средневековых церковных соборов. Поскольку количество источников постоянно возрастало, их положения активно дополнялись и обновлялись, из соображений удобства применения они со временем объединялись частными лицами в сборники, которые активно использовались самой церковью.

Важно отметить, что каноническое право на протяжении Средних веков отличалось высокой эффективностью, поскольку большинство канонических норм с усердием соблюдались христианским населением. Такой высокий уровень уважения к нормам канонического права обеспечивался не только наличием строгих церковных санкций, но и общими положениями христианской религии. Согласно канонической теории, господствующей на протяжении Средних веков, право представляет собой инструмент божественного провидения на пути к всеобщему человеческому благу, т.е. право имело сакральный характер. Его предназначение состояло в том, чтобы служить орудием достижения всеобщей пользы. При этом божественное происхождение канонического права, в отличие от права светского, не поддается сомнению, так как исходит оно от главы духовной власти, от единственного непосредственного представителя Бога на земле — от папы, оно подкреплено авторитетом самой церкви. Нарушать предписания канонического права то же, что идти против воли Господа, т.е. грех. Так, постепенно понятие нарушения права и понятие греха сливаются в сознании европейского человека в одно неразделимое понятие, что неизбежно ведет к укреплению правосознания: население Европы, исповедующее повсеместно католичество, добровольно и охотно исполняло требования канонического права, поскольку верило, что тем самым они выполняют божественную волю².

Чуть позднее, благодаря теории Фомы Аквинского, статус божественной воли, выраженной через наместника Бога на земле — государя, приобрело и светское

¹ Вишневский А.А. Указ. соч. С. 15–17.

² См.: Плешков Е.В. Каноническое право Средневековой Европы: дис. ... к.ю.н. М., 2002. С. 141.

право, однако оно все же оставалось зависимым от оценки его католической церковью с точки зрения справедливости. Нормы светского права, которые церковь объявляла противоречащими справедливости или божественному закону, христианин мог просто не исполнять¹.

Таким образом, сложилась ситуация, когда каноническое право, будучи проявлением божественной воли, являлось обязательным к соблюдению всеми христианами, а в условиях средневековой Европы можно утверждать, что и всем европейским обществом. Оно подкреплялось наличием жесткой санкции — отказом в причастии при почти полном отказе от силовых мер принуждения.

Эта духовная санкция имела особое значение на протяжении Средних веков, когда принадлежность к католицизму было равносильно обладанию гражданскими правами и обязанностями, т.е. правоспособности. Лица, не допущенные к причастию, по сути лишались своего места в обществе и ряда гражданских прав и обязанностей.

С течением времени авторитет канонического права и угроза исключения из общества в случае нарушения его установлений сформировали нормативное правосознание у большей части европейского общества. Такая психологическая установка передавалась от поколения к поколению и постепенно приобрела черты бессознательного архетипа.

В связи с этим можно утверждать, что мотивы правового поведения европейского общества во многом основаны на многовековой истории христианских традиций и уважения к праву как сакральной норме. Изначально развиваясь как норма, данная свыше и обеспеченная авторитетом церкви, право европейских государств не нуждалось в жестких санкциях со стороны светской власти, поскольку нормы канонического права, а в дальнейшем и светских государств исполнялись субъектами права добровольно. Это знание дает нам возможность шире взглянуть на способы повышения эффективности права и повышения уровня правовой культуры.

Н.Ю. Ембулаева,

к.ю.н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
Кубанский государственный аграрный университет

Исторические аспекты отделения церкви от государства в трудах Г.Ф. Шершеневича

В настоящее время во многих странах в научных кругах и на государственном уровне активно обсуждаются вопросы о соотношении власти светской и церковной, о месте и роли церкви в обществе, о содержании термина «светскость», об оптимальных моделях взаимоотношения церкви и государства. Должна ли церковь быть лишь хранительницей духовных традиций, нравственных ценностей (и возможно ли это в связи с последними разоблачениями в лоне католической и право-

¹ См.: Вишневский А.А. Указ. соч. С. 13–19, 102.

славной церкви) или она полноправный субъект политики как сферы борьбы за государственную власть? Может ли власть государственная опираться на власть церковную, а церковь пользоваться преференциями со стороны государства?

Актуальны эти проблемы и для России как многонационального и многоконфессионального государства. В основе многих современных моделей государственно-церковных отношений лежат идеи о светскости, зародившиеся многие столетия назад. Поэтому дискуссии о содержании принципа «светскости государства» не могут не опираться на правовую и политическую мысль прошлого, в частности Средних веков и эпохи Возрождения. Значительный вклад в разработку и исследование проблем ограничения власти духовенства властью светской внес один из выдающихся ученых-правоведов, цивилист и теоретик права Г.Ф. Шершеневич.

Его внимание было сосредоточено на вопросе ограничения власти духовной, церковной властью светской, а также на влиянии этого процесса на различные сферы общественной, политической и культурной жизни. В своей работе «История философии права» он отмечает, что «государей духовенство восстановило против себя своей независимостью, полуразоренное дворянство смотрело с завистью на его богатства, горожане и крестьяне возмущались безнравственностью и бездельем духовного класса, особенно монахов»¹. Однако церковь не желала осуществлять реформирование и «очищаться» изнутри, что привело к активным действиям со стороны государства. Причем, если в XVI столетии преобразования осуществлялись сверху государством, то следующее столетие знаменуется уже народной борьбой за свободу совести.

Разыгравшаяся в XVII в. Тридцатилетняя война между католиками и лютеранами, как отмечает Г.Ф. Шершеневич, истощив силы обеих сторон, ослабляет интерес к религиозным вопросам. Светская власть четко осознает, какую выгоду можно извлечь из реформации. «Во-первых, с отречением от католицизма было связано освобождение от власти папы, стеснявшей могущественных королей. Во-вторых, местное духовенство должно было подчиниться власти государей взамен власти пап... В-третьих, отрицание монашества повело к секуляризации их огромных недвижимых имуществ, которые перешли к государям и тем, кому государи пожеляли уделить часть их. В-четвертых, с падением авторитета пап в глазах подданных усилился авторитет светской власти»². Однако говорить о возникновении свободы совести было преждевременно, поскольку «господство над религиозной совестью перешло от церкви к светской власти, что и выразилось в принципе: *cujus region, ejus religio*. Обязанность подданных держаться тех религиозных убеждений, которые признавал их государь, была совсем не согласна с идеей реформации... Только там, где не было государей, идея реформации проявилась в полной чистоте. Это произошло в Швейцарии и особенно в Голландии»³.

Подводя итог исследованию процесса реформации, важнейший для современного времени вывод делает Г.Ф. Шершеневич: «после страшного взаимного ожесточения, пролития потоков крови и разорения городов и деревень, католики и протестанты должны были прийти к сознанию, что каждая вера имеет равное право

¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 2001. С. 195.

² Там же. С. 197.

³ Там же.

на существование, т.е. придти к веротерпимости, столь несогласной к мировоззрением средних веков»¹. Сегодня, как никогда, актуальна тема веротерпимости и толерантности. В условиях противостояния ислама и других конфессий осознание факта необходимости конструктивного диалога — первый шаг к достижению стабильности и мирового порядка.

Постепенная утрата церковью своего авторитета была связана не только с политическими преобразованиями, но и с сокращением собственности церкви. Экономика и политика всегда были и являются тесно связанными. Тот, кто обладает значительной собственностью, сосредоточивает в своих руках и власть. Экономические отношения, и прежде всего отношения собственности, лежат в основе могущества церкви. Любопытную связь выявляет Г.Ф. Шершеневич между религией и экономикой. По его мнению, возвращение к идеалам христианства первых веков не могло не натолкнуть недовольных на идеи коммунизма и сословного равенства.

Кроме того, реформация и ослабление влияния церкви отразились не только на государственной власти и экономике, но повлияли на культуру и науку. Литературу этого периода отличает светскость мысли. Она перестает быть лишь уделом монахов. В живописи появляются новые жанры. Освобождение науки от влияния церкви способствует ее стремительному развитию. По словам Г.Ф. Шершеневича, благодаря свободе исследования и доверия к разуму произошло движение вперед всего человеческого знания. «Для многих наук XVI век — это исходная точка развития»². Достаточно вспомнить блестящие открытия в астрономии (бесконечность мира, вращение Земли вокруг Солнца), математике (стремительное развитие геометрии, алгебры), физике, химии, анатомии и физиологии. Выйдя из-под покровительства церкви и попав под пристальные взгляды инквизиции, наука ищет защиты у власти светской. Так, например, Галилео Галилей работал при дворе герцога Тосканского Козьмы II.

Философское знание также отделяется от теологии. «Уже в XV и XVI веках установилось учение о двойной истине, по которому истинное в философии могло быть ложным в религии и наоборот»³. Учение о государстве и праве постепенно «очищается» от религиозной окраски. Это было необходимо для выполнения той основной задачи, которая ставилась ей духом времени, — оправдать абсолютизм как средство борьбы против церковного авторитета.

Как и в Европе, в России вопрос конкуренции светской и церковной властей также имел место. В московский период господствовали теологические воззрения на власть и государство, согласно которым власть государя признавалась божественной. Монарх выступал не только главой государства, но и главой церкви. В XVIII столетии в эпоху правления Петра I происходит переосмысление вопросов взаимодействия церкви и государства. Петр Великий уничтожает патриаршую власть, вначале просто не замещая патриаршего престола, а затем поставив на его место Духовную коллегию — Святейший Синод. В объяснительной записке к Духовному регламенту (1721) отмена патриаршего престола объясняется тем, что «от единого собственного (т.е. особенного) правителя духовного можно опасаться оте-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 198.

² Там же. С. 206.

³ Там же. С. 211.

честву мятежей и смущения, ибо простой народ не ведает, как разнствует власть духовная от самодержавной»¹. Следовательно, самодержавная власть должна быть независимой от власти церковной. В Воинском уставе (1716 г.) дано определение власти императорской как полностью самостоятельной и независимой: «Его Величество есть самовластный монарх, который никому на свете о своих делах ответа дать не должен, но силу и власть имеет свои государства и земли, яко христианский государь, по своей воле и благомнению управлять»². Петровская эпоха, таким образом, полностью разрывает связь с прежними воззрениями на соотношение церкви и государства.

В годы правления Екатерины I, Анны Иоанновны, Екатерины II православная церковь была в стороне от государственной власти. Хотя Анна Иоанновна обязывалась Верховным Тайным Советом (1730) содержать и распространять православие, однако впоследствии она уничтожает Верховный Тайный Совет и восстанавливает Сенат. Императоры Павел I, Александр I, Николай I в определенной мере осуществляли политику, лояльную к православной церкви. Тем не менее, проявляя заботу о материальном и ином ее благополучии, императорская власть оставалась руководящей. В Основных законах Российской империи говорилось, что «первенствующая и господствующая в Российской империи вера есть христианская православная кафолическая восточного исповедания» (ст. 40); поэтому «император, престолом Всероссийским обладающий, не может исповедовать никакой иной веры, кроме православной» (ст. 41). Однако Император, в акте о наследии престола 1797 г., именуется главой церкви. Таким образом, в течение XVIII–XIX вв. вся полнота верховной государственной власти сосредоточивалась в руках самодержавного государя.

Несмотря на четко прослеживающуюся закономерность отделения власти церковной от власти государственной, поддержка церкви для государства чрезвычайно важна, ввиду ее влияния на население. Для абсолютистских государств королевская власть являлась священной именно потому, что была установлена и поддерживалась Богом. Как отмечал епископ Мо Боссюэ, «народ должен спокойно и терпеливо повиноваться в уверенности, что Бог не допустит короля совершить несправедливость. Со своей стороны, монархическая власть поддерживала церковь против духа свободомыслия... В пределах одного и того же государства не должно быть двух религиозных мнений»³.

Однако на современном этапе в многоконфессиональных государствах диалог между представителями разных религий, различных мировоззренческих систем возможен только за рамками догматических представлений. На наш взгляд, только при условии реализации принципа светскости, реальной свободы совести и вероисповеданий (а не только свободы религии) создаются условия для упрочения государственности и конструктивного взаимодействия между властью светской и церковной. Государство и церковь должны быть независимы друг от друга и ограничены гражданским обществом.

¹ Цит. по: *Вернадский Г.В.* История права. СПб., 1999. С. 13. (Мир культуры, истории и философии)

² Артикул воинский Петра I // Российское законодательство X–XX вв. В 9 т. Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма / отв. ред. А.Г. Маньков. М., 1986.

³ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 347.

Д.В. Ерофеева,

к.ю.н., доцент,

Российская академия адвокатуры и нотариата (г. Москва);

Р.В. Шагиева,

д.ю.н., профессор, проректор по научной работе,

Российская академия адвокатуры и нотариата (г. Москва)

Частное и публичное право: исторические и теоретические проблемы исследования их соотношения

Исследователи утверждают, что исторически первым в праве сложилось именно разграничение на публичное и частное право, предшествующее разделению на соответствующие отрасли права. Не случайно деление системы права на публичное и частное является наиболее устоявшимся и широко признанным в юриспруденции, получившим признание еще в Древнем Риме¹. Однако в русской правовой мысли, как собственно и в юридической науке других стран, отношение к делению права на частное и публичное было неоднозначным. Этот вопрос был подробным образом исследован в трудах Г.Ф. Шершеневича, благодаря чему можно утверждать следующее. До XIX в. это деление в российском праве вообще не наблюдалось, что во многом, по-видимому, связано с высокой значимостью роли общинного права (а отчасти — и обычая). Н.М. Коркунов не соглашался с ульпиановским делением (по интересу) на частное и публичное право. При этом он исходил из того, что общий интерес не что иное, как определенная комбинация частных интересов.

В конце XIX в. в России ситуация меняется. Деление системы права на публичное и частное начинает признаваться вплоть до революции в России 1917 г. Оно поддерживалось и развивалось такими государствоведами и правоведами, как П.И. Новгородцев (1886—1924), Л.И. Петражицкий (1867—1931) и др.

Что касается зарубежных авторов, то, например, Ф.К. Савиньи разграничивал публичное и частное право по целям. Он писал: «В публичном праве целое является целью, а отдельный человек занимает второстепенное положение; напротив, в частном праве отдельный человек является целью, государство — средством». Дж. Остин выступал против деления права на частное и публичное. Л. Дюги возражал против их резкого разделения².

Сам Г.Ф. Шершеневич считал господствующим деление на частное и публичное право, но сам принцип деления (по содержанию регулируемых отношений или по способам защиты) полагал встречающим возражения. Однако подробно рассмотрев эту проблему как с теоретической, так и с практической стороны, он пришел

¹ Трудно удержаться от приведения знаменитых сентенций Ульпиана, Папиниана и Цицерона. Но, может быть, интереснее, следуя Г.Ф. Шершеневичу, сообщить о том, что идея различения частного и публичного права по его содержанию была известна уже Аристотелю, смотря по тому, кто терпит от его нарушения, целое или отдельные члены целого, а Демосфену это различие представлялось общеизвестным (см. подробнее: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права: учеб. пособие. В 2 т. Т. 2. Вып. 2—4. М., 1995. С. 130).

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 123—139.

к убеждению, что только на различии бытовых отношений, нормируемых объективным правом, и может быть обосновано различие между публичным и частным правом: «Такое противоположение частного и общественного не может быть игнорируемо правом, нормирующим жизнь, и этому чрезвычайно важному бытовому явлению соответствует основное разделение объективного права на гражданское и публичное. Оно основано на наблюдении выдающегося явления и потому само полно теоретического и практического значения»¹. Разделяя право на частное и публичное по материальному моменту, он полагал, что граница между ними, основанная на различии охраняемых интересов (формальный момент), не может быть безусловно точной.

В отечественной юридической науке в советский период объективному исследованию соотношения частного и публичного права препятствовали идеологические причины («мы ничего частного не признаем»!), о чем не написал только ленивый. Но и в современной цивилистике не утихают споры относительно этой проблемы. Одним из последних состояние ее разрешения исследовал Н.М. Коршунов, он подверг критике материальный критерий разграничения частного и публичного права, в основе которого находятся одноименные социальные интересы и(или) особенности общественных отношений, требующие соответствующего правового регулирования. С его точки зрения, в последнее время наибольшее распространение получил формально-юридический критерий деления права на частное и публичное. Обоснованность его использования виделась Н.М. Коршуновым в том, что методологическим критерием систематизации предметов или явлений может быть только такое качество, которое составляет их имманентный признак. Таковым автор считает способ правового регулирования². Парадоксально, что Н.М. Коршунов совершал ту же ошибку, на которую сам указывал. Метод правового регулирования, как и социальные интересы, являются принадлежностью не самого права (частного или публичного), а элементами системы деятельности по упорядочению тех или иных общественных отношений, т.е. правового регулирования.

Поэтому наиболее плодотворным представляется мнение тех ученых, которые утверждают, что существо вопроса заключено не в правовых нормах, а в моделях отношений, лежащих в основе их дальнейшего правового регулирования. В.И. Иванов вполне обоснованно полагает, что прежде правового регулирования должны быть разграничены частные и публичные отношения. Модель частных отношений должна удовлетворять критериям автономии воли, имущественной обособленности и равенству их субъектов, а модель публичных отношений – в наличии власти и ее компетенции. Право, являясь отражением общественных отношений, способно показать их систему как единство и разделение частного и публичного³.

Поддерживая данные высказывания современного цивилиста, нельзя не заметить, что автор практически повторяет то, что более 100 лет назад утверждал Г.Ф. Шершеневич: «...частное или гражданское право может быть определено по материальному моменту, как совокупность норм права, регулирующих частные от-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 141.

² См.: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. С. 24–28.

³ См.: Иванов В.И. Модели поведения в частном праве // Образование и право. 2012. № 12 (40). С. 127–129.

ношения в государстве, а публичное право — как совокупность норм права, регулирующих общественные отношения в государстве»¹.

Соглашаясь с данными положениями дореволюционного российского цивилиста, следует заметить, что он не останавливался в исследовании проблемы соотношения публичного и частного права на анализе самих общественных отношений и их правового регулирования. И дело даже не в том, что надо изучать в первую очередь общественные отношения, а не их правовое регулирование, как предлагают современные авторы².

Думается, что если фундаментальнее рассмотреть причину существования этих парных моделей общественных отношений или выделения двух типов деятельности — свободной (частной) или несвободной (публичной), как это делает другой цивилист³, то напрашивается обращение к концепции гражданского общества. Только с его возникновением, «когда государство достигает своей действительной развитой политической формы, человек действительно ведет двойную жизнь: жизнь в политической общности, в которой он признает себя общественным существом, и жизнь в гражданском обществе, в котором он действует как частное лицо...»⁴.

Только такой подход позволяет выдвинуть в центр исследования системы права главное действующее лицо — человека, о чем явно забывают в полемике о системе права современные цивилисты, пытаясь обосновать свою точку зрения. Справедливо замечает ученый-правовед А.И. Брызгалов: «Ведь для многих сегодня не секрет, что большинство подходов по исследованию правовой действительности либо вообще исключали отдельного человека из круга обсуждаемых проблем, либо косвенно, частично затрагивали вопросы правового существования личности. По существу, теоретические разработки отделяли право от конкретного человека, от его форм существования»⁵.

А вот в трудах Г.Ф. Шершеневича в связи с обсуждением проблемы частного и публичного права содержится прямое указание на то, что это деление вытекает из самой природы человека, который сознает себя как обособленного индивида и в то же время как члена общественного целого⁶.

В чистом виде эта точка зрения обращает внимание на то, в качестве кого действует лицо, чье поведение поддерживается нормами права, в качестве частного лица или агента власти. Разделение права на публичное и частное, по замечанию Кромэ, отвечает двойственному положению человека как индивида и как члена высшего человеческого общения с общими интересами⁷.

Завершая краткий обзор взглядов по поводу деления права на частное и публичное, хотелось бы указать еще на один ценный вывод, который содержится

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 141.

² См.: Белов В.Е. К вопросу о частных отношениях // Образование и право. 2012. № 12 (40). С. 64; Иванов В.И. Частные модели: постановка вопроса // Образование и право. 2011. № 5 (21). С. 48–55.

³ См.: Попондопуло В.Ф. Система общественных отношений и их правовые формы (к вопросу о системе права) // Правоведение. 2002. № 4. С. 80–81, 87.

⁴ Маркс К. К еврейскому вопросу // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 1. С. 390–391.

⁵ Брызгалов А.И. О некоторых теоретико-методологических проблемах юридической науки на современном этапе // Государство и право. 2004. № 4. С. 21.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 124.

⁷ Цит. по: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 131.

в не потерявших, как выясняется, своей значимости работах Г.Ф. Шершеневича. Он пророчески делал акцент на взаимопроникновении частного и публичного права, не называя это процесс термином «конвергенция»: «Несомненно, что дальнейшее развитие права будет все более стирать резкие границы между публичным и частным правом...»¹.

Е.А. Костенникова,

преподаватель кафедры гражданского права и процесса,
Воронежский филиал Российской академии народного хозяйства
и государственной службы при Президенте РФ;

Ю.В. Сорокина,

д.ю.н.,
профессор кафедры теории и истории государства и права,
Воронежский государственный университет

Юридическая техника в исторической ретроспективе

Юридическая техника и связанные с ней проблемы научного дискурса много лет остаются в зоне пристального внимания представителей как юридической профессии, так и историков, и филологов.

Вклад Г.Ф. Шершеневича в эту проблему может рассматриваться в двух аспектах. Первый аспект — теоретический. «Общая теория права» Г.Ф. Шершеневича в своей концептуальной завершенности является фундаментальным исследованием, а разработанные научные положения являют собой основу многих составляющих правовой парадигмы, в частности, юридической техники. Второй аспект — практический: ученый в совершенстве пользовался юридической техникой как средством материализации правовых идей и концепций при подготовке проекта Гражданского уложения и в иных работах цивилистической направленности.

Общеизвестным научным постулатом является утверждение, что право образовывалось в виде относительно автономной структуры, которая выделилась из массива мононорм в формализованный социальный регулятор. На ранних этапах своего существования юридическая техника проявлялась в виде логического структурирования правовых источников и использования системы символов в праве. Логическое структурирование означает стремление к упорядочению и систематизации норм. Это явно наблюдается в Салической Правде и других древних кодифицированных источниках. В так называемых варварских правдах уже присутствуют три правила юридической техники, обозначенные Р. Иерингом следующим образом: 1) сведение правового материала к составным частям; 2) наличие логической концентрации («сгущения») материала; 3) систематическое расположение материала². То есть совокупность норм может только тогда именоваться правом, когда ей присуща внутренняя логика и взаимосвязь элементов.

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 167.

² Иеринг Р. Юридическая техника. М., 2008. С. 38.

Самым древним приемом и проявлением юридической техники следует считать правовую символику. Символика, применяемая в обычной жизни людей, привела к появлению особых правовых символов. Символы в жизни социума появились задолго до письменности. Они обозначают либо предметный образ, либо наполнены определенным смыслом, который выражен с помощью условного знака или знаков. С помощью символа фиксировалось определенное явление, состояние. Получала такую фиксацию и какая-либо идея¹. То есть даже парадигма могла быть представлена через наглядную материальную модель. Предназначение символов состоит в донесении определенной информации (идеи, смысла) до широких общественных кругов. Следовательно, символы уже изначально моделировались так, чтобы быть узнаваемыми, т.е. они сразу были достаточно просты². Таким образом, складывались символы принадлежности к роду и племени, приветствия, оформление сделок, обозначение общественной опасности лица, заключение брака, усыновление, знаки войны и т.д.

Вообще для права и правового общения символ очень органичен, поскольку в этой сфере на первый план выходит процессуальная, а попросту говоря, обрядовая сторона. Поэтому огромное, а иногда решающее значение имеет совершение символических действий. Например, в Древней Греции лицо, которому предстояло провозгласить новый закон, вставало в центр корабля. Это означало золотую середину, т.е. мудрость и беспристрастность. У римлян заключение брака сопровождалось закалыванием ягненка, кровью которого обмазывали дверь дома жениха, произносятся словесные формулы. В настоящее время значение символов не только не уменьшилось, но наоборот, приобретает все большее значение. Во многом это связано с процессом глобализации и преодолением языковых барьеров.

Однако вернемся к общей проблеме юридической техники. В истории права обычно выделяют этап архаического права, который сменяется статутным правом, где превалируют нормы-установления. Такое разделение не бесспорно, а кроме того, статутное право не следует рассматривать как нечто радикально отличающееся от архаического. Установления власти признавались легитимными, если основывались на обычаях или хотя бы не входили с ними в противоречие. Власть, издавая закон, долгое время подчеркивала связь установления и обычая. Процесс же становления права и юридической техники шел по двум направлениям: «от доктрины к практике... и снизу, т.е. от реальных отношений, через их обобщение и типизацию»³.

На определенном этапе развития, когда право можно рассматривать как вполне сложившуюся систему норм, появляется правовая теория, возникают различные концепции права. Происходит теоретическое осмысление, появляются соответствующие разработки, и юридическая техника становится неотъемлемой их частью. Что же касается юридической техники, то здесь может создаваться впечатление, что она получила развитие только с возникновением науки. Без применения научно-

¹ См.: *Вопленко Н.Н.* Правовая символика // Правоведение. 1995. № 4–5.

² См. там же. В 2012 г. издательством ALEXANDRIA (г. Санкт-Петербург) был издан замечательный труд французского историка Мишеля Пастуро «Символическая история европейского Средневековья», где имеет место описание средневековых процессов и присущей им символики.

³ *Муромцев Г.И.* Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // Правоведение. 2000. № 9. С. 14.

го метода юридическая техника не может достигнуть высокого уровня, а следовательно, на низком уровне остается и право. Однако такое утверждение ошибочно.

Не создав завершенной теории права, римляне достигли вершин юридической техники как условия существования и реализации права. То есть уровень юридической техники был и тогда уже высок. А римское право в период своего расцвета представляет собой «картину зрелой, утонченной техники, вполне развитой юриспруденции»¹. Римские юристы блестяще овладели юридической техникой. Их высказывания и труды обретали статус правовой нормы. На них ссылались при разрешении юридического дела, но при всем этом теоретических обобщений они не делали.

В Средние века большой вклад в появление и развитие юридической науки и юридической техники внесли глоссаторы и постглоссаторы. Их деятельность связана с появлением в Европе римского права в виде Дигест Юстиниана. Император Юстиниан после принятия Кодекса (*Corpus juris civilis*) запретил их дальнейшее толкование, предусмотрев для нарушителей соответствующее наказание. Во время крестовых походов европейцы обрели Дигесты, и их интерпретаторами стали глоссаторы, которые применяли логико-диалектический метод толкования. Они начали создавать новые юридические конструкции.

Огромную роль в развитии юридической техники сыграло каноническое право. Формулировки канонических норм тщательно прорабатывались. К слову, именно церковь особое внимание уделяла юридическому процессу. Выработанные канонистами принципы и формы стали основой для светского законотворчества.

В Новое время проблемы юридической техники получили теоретическое обоснование. В частности, Ф. Бэкон сформулировал правила составления законов. В качестве главного технического правила он называл краткость и точность, что позволяло, по его мнению, избегать двусмысленности. Ф. Бэкон также заговорил о необходимости систематизации законов в форме инкорпорации, т.е. создания Свода законов. «Заслугой этого учения, — пишет Т.В. Кашанина, — было и то, что он впервые завел речь об инкорпорации как способе систематизации права. Он считал инкорпоративную деятельность надежным способом составления Свода законов»².

Юридической технике посвятил свои сочинения английский ученый Дж. Бентам, работы которого публиковались и в России: в 1867 г. — «Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении», где он описывал приемы создания, толкования и применения правовых понятий; в 1896 г. — «Принципы законодательства». Дж. Бентам рассуждал как о правилах составления законов, так и о проблемах внутренней структуры нормативных актов.

Большую роль в развитии юридической техники сыграло появление позитивизма и соответствующего догматического подхода. Позитивизм предполагает, что право исходит от власти, а потому его главное отличие от других регуляторов кроется в формально-логическом плане. Поэтому на первый план вышла проблематика внешней формы и внутренней логики правовых предписаний. Возникла необходимость в искусстве оформления правового материала и совершенствование его внутренней структуры, в том числе разработка понятий, дефиниций, структурная схема, систематизация правовых актов. К слову, решение именно этих задач позволи-

¹ Муромцев Г.И. Юридическая техника (некоторые теоретические аспекты) // Правоведение. 2000. № 9. С. 17.

² Кашанина Т.В. Юридическая техника: учебник. М., 2007. С. 75.

ло позитивистам обосновывать существование юридической науки как автономной отрасли знаний, не сводимой к философии, экономике или политической науке.

Фундаментальное теоретическое обоснование юридической техники, раскрытие ее содержания, задач, приемов главным образом связаны с именем Р. фон Иеринга. Разделяя взгляды социологической юриспруденции, ученый писал, что право предназначено для осуществления. Именно в его реализации кроется правовая истина и сущность права. Таким образом, «решающим моментом при оценке права является не абстрактное содержание законов, не справедливость на бумаге, не нравственность на словах, а то, как это право объективируется в жизни, энергия, с которой все признанное необходимым исполняется в действительности»¹. При этом осуществление права, «с одной стороны, должно быть неизбежным и тем самым равномерным и несомненным, а с другой — легким и быстрым»². Юрист, по мнению Р. Иеринга, должен обрести соответствующий специфический тип мышления, усвоить право всем сознанием. Для облегчения такого усвоения необходимо «количественное и качественное» упрощение права, которое Р. Иеринг называл законом бережливости. В качестве основных приемов юридической техники он вывел юридический анализ, логическую концентрацию и юридическую конструкцию³.

Во второй половине XX в. стали появляться новые подходы к праву. К таковым можно отнести интегративную теорию, коммуникативную теорию права в различных проявлениях. Появилась правовая герменевтика, где язык, понимание, общение занимают главное место. Это породило новые взгляды на юридическую технику и ее задачи. В последнее десятилетие значительное место в правовой науке стала занимать юридическая лингвистика. Все это позволяет сделать вывод, что юридическая техника и соответствующий научный дискурс имеют большую научную перспективу.

Т.Е. Логинова,

к.ю.н., доцент,

Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Интерпретация древнеримских и раннесредневековых памятников права

Словарь русского языка С.И. Ожегова определяет интерпретацию как «истолковать, раскрыть смысл чего-нибудь»⁴. Процессы гармонизации и интеграции в мировое сообщество, включение в правовой массив государства новых источников права, изменение ценностных ориентиров современного общества, расширение информационных потоков и многое другое требуют от современного человека все большего обращения к литературным и юридическим источникам, содержащим

¹ Иеринг Р. Указ. соч. С. 29.

² Там же. С. 30.

³ Там же. С. 41–114.

⁴ Ожегов С.И. Словарь русского языка. 25-е изд. М., 2006. С. 248.

немало новых веяний, принципиально новых позиций правопонимания, восприятия плюрализма мнений, что требует в свою очередь уяснения, понимания, адаптации к собственному мироощущению и выявлению сущности права. Во многом это определило проникновение в правовую среду философской науки герменевтики.

Герменевтика — это наука о понимании и интерпретации текстов и других явлений культуры, которая стала активно использоваться в юриспруденции для изучения юридических текстов (юридическая герменевтика). Еще Г.Ф. Шершеневич писал, что толкование права есть «процесс совершенно свободный»¹, а следовательно, при его осуществлении следует использовать любые приемы, механизмы, подходы, в том числе и философские.

Первые практические попытки интерпретационных практик встречаются у древних евреев, которые успешно использовали эту технику при толковании текстов Ветхого Завета. Этот опыт был весьма успешным, оказавшим значительное влияние на развитие права.

Первой систематической деятельностью по толкованию в рамках античной цивилизации считается Александрийская интерпретационная школа². Как пишет Н.В. Малиновская, «значимость Александрийской школы толкования для правовой интерпретации определяется тем, что ею была создана развернутая система методов толкования Священного Писания, позднее положенная в основу канонического права и применявшаяся для поиска компромисса между светской и религиозной властью в эпоху средневековья»³. Конечно, нельзя обойти вниманием интерпретационную практику Древнего Рима. Известно, что хранителями, истолкователями обычаев в Древнем Риме долгое время были жрецы, в частности коллегия понтификов, именно им было вверено хранение обычаев предков (*mores maiorum*).

Точная передача установленного порядка общения в условиях развития древнеримского общества и его потребностей означала постоянное установление соответствия общепринятых правил новым требованиям и соответствующую интерпретацию переданного и фиксированного. Эта техника получила особое значение с появлением писаных законов, но и в этих условиях удерживался авторитет обычаев, на которые понтифики и позднейшие светские юристы нередко ссылались в поддержку решения, когда оно не могло быть выведено из закона. А это требовало уяснения смысла раннего обычая.

Понятие *mores maiorum* относится к тем нормам, которые не были закреплены в Законах XII таблиц, и указывает на устойчивые древние формы правового общения, многие из которых, претерпев значительные изменения в ходе интерпретации XII Таблиц, где они подразумевались, стали мыслиться как составляющая *ius civile*. Помимо жрецов активнейшими интерпретаторами римского права были магистраты и юристы.

Характерным примером интерпретационной деятельности магистратов стали эдикты преторов. Важнейшими были эдикты городского претора и претора peregrinorum, курульных эдилов. Последние, в частности, следили за торговлей на рынках, регулировали споры, связанные с рыночной куплей-продажей и издавали соответствующие эдикты, содержащие исковые требования.

¹ Шершеневич Г.Ф. Философия права. В 2 т. Т. 1: Общая теория права. Вып. 4. М., 1912. С. 725.

² Малиновская Н.В. Интерпретация в праве: генезис, эволюция, актуализация: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010. С. 14.

³ Там же. С. 14.

Исключительное место в истории римского права занимает деятельность римских юристов, которые фактически осуществляли правотворчество путем толкования права. Считалось, что право не может быть настолько совершенным и адекватным, чтобы удовлетворять предъявляемым к нему требованиям без постоянной работы по обеспечению соответствия нормы права ее позитивной форме. Вот где требовалась интерпретационная деятельность по толкованию, уяснению норм права. Древнейшие юристы придерживались буквального толкования, а позднее стали руководствоваться положениями принципов добросовестности и справедливости. Из трех форм деятельности римских юристов (составление юридических формул, ответы по вопросам права и составление договорных форм) к интерпретационной деятельности более относится *respondere* (ответы по вопросам права).

Интерпретационная деятельность пережила свой всплеск в период средневековья, когда началась рецепция римского права. Связано начало этой деятельности со школой глоссаторов — ученых XII—XIII вв., писавших глоссы, т.е. объяснения, толкования отдельных мест Свода гражданского права императора Юстиниана. Глоссаторы слепо преклонялись перед римским правом, объявляли его высшей юридической мудростью. Своей задачей они считали полное и точное толкование Свода гражданского права. Отдельные места Свода разбирались в том порядке, в котором они следовали друг за другом в *Corpus iuris civilis* и снабжались краткими толкованиями — глоссами. Далее глоссаторы сопоставляли параллельные места, отмечали противоречия и стремились примирить их между собой.

В конце XIII в. школу глоссаторов сменила школа постглоссаторов, или комментаторов. Они изучали и комментировали не Свод Юстиниана, а глоссы, толкования своих предшественников. Глосса фактически заменила текст. В отличие от глоссаторов, преследовавших в основном научные цели, комментаторы ставили перед собой практические задачи. Они стремились привести римское право в такой вид, чтобы оно отвечало потребностям средневековой жизни и хозяйственного оборота. Сочинения комментаторов применялись в качестве источника права в судах, при этом королевское законодательство не признавало сочинения ученых-комментаторов равными по своей силе закону.

Таким образом, глоссаторы и постглоссаторы, занимаясь кропотливым толкованием слов и фрагментов Свода Юстиниана, не задавались вопросом о том, как были выработаны содержащиеся в этом Своде столь совершенные нормы права. С XVI в. возникает так называемая гуманистическая, или филологическая, школа, которая вернулась к непосредственному изучению источников римского права.

Гуманисты занялись историческим изучением римского права. Они стремились установить последовательную смену источников римского права. Они занялись изучением законов, постановлений народного собрания, сената, императорских конституций, судебной практикой, ответами юристов. Вместе с этим они стали знакомиться с государственным, хозяйственным, семейным строем римской жизни, о которых речь шла в *Corpus iuris civilis* и в условиях которых вырабатывалось и развивалось римское право. Для уяснения многих моментов его содержания изучение этих аспектов было непременным условием определения сущности и происхождения отдельных институтов, категорий римского права. Во многом это привело к созданию истории законов, или истории права.

И.Р. Метшин,

Мэр г. Казани,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Историческая школа права и ее влияние на формирование категории «источник права» в отечественном правоведении

Вплоть до начала XIX в., до манифестации исторической школы права, в европейской юриспруденции доминировал взгляд на законодателя как творца права. Данная позиция нашла свое отражение в отечественных работах первой половины XIX в., сводящих объективное право к совокупности законов¹. В рамках этой парадигмы проблема источников права не могла исследоваться. После опубликования работ Ф.К. Савиньи (1815) и его последователей стало очевидным, что право есть объективное явление². В дальнейшем значительную роль в развитии правоведения, в том числе в разработке теоретико-догматических проблем права, сыграли работы представителей исторической школы права³.

Вместе с тем в отечественной юриспруденции во второй половине XIX в. проблема термина «источник права» и его содержание занимали скромное место, в фокусе внимания находились иные проблемы правовой науки⁴. По мнению Н.К. Ренненкампа (1832—1899), высказанному им в 1869 г., учение о формах положительно-го права «принадлежит к числу более разработанных в правоведении»⁵. При этом, как отмечал Н.К. Ренненкампф, под источником права следует понимать «народный дух», формируемый в зависимости от материальных и иных условий жизни народа и выражается в воле законодателя⁶.

С другой стороны, юридическая жизнь народа существует в формах права, среди которых — обычное право, закон, право юристов⁷. К дополнительным формам права следует отнести административные распоряжения, поскольку, являясь актами, содержащими нормы права, они принимаются в дополнение к законам, отли-

¹ См., например: *Вельяминов-Зернов В.В.* Опыт начертания российского частного гражданского права. Ч. 1. СПб., 1814. С. 2—3; *Рейц А.М.* Опыт истории российских государственных и гражданских законов. М., 1836 и др.

² См.: *Муромцев С.А.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции. 2-е изд. М., 1886; *Он же.* Определение и основное разделение права. М., 1879. С. 21—31; *Новгородцев П.И.* Историческая школа юристов. СПб., 1999; *Кареев Н.И.* Два взгляда на процесс правообразования // Юридический вестник. 1889. № 11. С. 335—368.

³ *Акчурина Н.В.* Историческое направление в русском правоведении XIX в.: автореф. дис. ... д.ю.н. Саратов, 2000. С. 20—21 и др.

⁴ См., например: *Карасевич П.Л.* Юридическая догматика М. Капустина. Вып. 1 и 2. М., 1869.

⁵ *Ренненкампф Н.К.* Замечания об обработке у нас общего учения о праве (По поводу юридической догматики проф. Капустина и критических статей проф. Незабитовского). Ст. 1. Киев, 1869. С. 18.

⁶ См.: *Ренненкампф Н.К.* Юридическая энциклопедия. 4-е изд. Киев; СПб., 1913. С. 56.

⁷ См. там же. С. 57—58, 69, 135 и др.

чаясь от них, помимо прочего, процедурой принятия¹. В своих взглядах Н.К. Ренненкампф почти полностью следовал воззрениям исторической школы права. Между тем в работах юристов следующего поколения данная точка зрения подверглась изменению, модификации.

Н.Е. Чижев (псевд. Метла) (1853–1910), пожалуй, был единственным ученым XIX – начала XX в., кто посвятил специальную работу источникам права. Однако в этом случае исследование источников права предопределялось контекстом его теоретических взглядов на право как результат столкновения частных (эгоизма) и публичных интересов и постепенное высвобождение частного «из окружающей среды»². С другой стороны, исследователь отталкивался от взглядов Р. Иеринга в его модификации исторической концепции права.

В целом, по мнению Н.Е. Чижова, источник права находится «во внешней среде, окружающей личность» и заключается в «этическом законе» – согласовании индивидуальных и общественных интересов³. Под формой права следует понимать «средство появления в среде внешних отношений людей между собой» (обычай и закон)⁴. Если Н.Е. Чижев в своих исследованиях, критикуя работы Р. Иеринга, в определенной степени следовал им, то в трудах его современников – Ю.С. Гамбарова, Н.М. Коркунова, П.Г. Виноградова и др. – наметился отход от выработанного понимания терминов источника и формы права и соотношения их между собой.

Впрочем, в некоторых случаях Н.Е. Чижев утверждал, что источник права может быть внутренним и внешним. К последнему относятся обычай и закон, т.е. формы права⁵.

Ю.С. Гамбаров (1850–1926) рассматривал понятие «источник права» в широком и узком смыслах. В первом случае речь следует вести о «факторах, и ими называют, например, народное правосознание, общую или государственную волю, человеческий разум и т.д.»⁶. В узком смысле – любые свидетельства «о содержании того или другого права, равно как и те факты, с которыми связывается приобретение различных субъективных прав, напр., рождение, смерть, изъявление воли и т.п.». Кроме того, источники права в технико-юридическом смысле это «формы, в которых возникают и действуют всевозможные веления права», «формы проявления права»⁷. Близкие взгляды нашли свое отражение в работах Л.А. Кассо (1865–1914)⁸.

¹ См.: Ренненкампф Н.К. Юридическая энциклопедия. 4-е изд. Киев: СПб., 1913. С. 122.

² См.: Чижев Н.Е. Элементы понятия права. Варшава, 1880.

³ Чижев Н.Е. Источник и формы права. Варшава, 1878. С. 248–250; Он же. Элементы понятия права. С. 143–147.

⁴ Чижев Н.Е. Источник и формы права. С. 248–250.

⁵ Чижев Н.Е. Обычай и закон как формы права. Ст. 1 // Юридический вестник. 1877. № 5/6. С. 31–64.

⁶ Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1: Часть общая. СПб., 1911. С. 181.

⁷ Там же. С. 182–183.

⁸ См.: Кассо Л.А. Источники русского гражданского права. Вступит. лекция, чит. в Московском университете 17 января 1900 г. М., 1900. С. 8. Л.А. Кассо классифицировал обычай на 1) общий – «продукт общенародного правосостояния» и 2) специальный – «право юристов – судей» (С. 8, 12, 15).

Отнесение судебной практики к разновидности обычая вызвало возражения со стороны Н.М. Коркунова, Д.Д. Гримма и др. (см., например, Гримм Д.Д. Энциклопедия права: лекции, чит. в Военно-юридической академии. СПб., 1895. С. 97).

Н.М. Коркунов (1853–1904) видел в источнике права форму существования нормы права, служащую признаком ее обязательности¹. В этом смысле источником права могут быть обычай, судебная практика и нормативный акт (по Коркунову, закон в материальном смысле). С другой стороны, как писал Н. М. Коркунов, «обычное право есть... форма положительного права»². Таким образом, он, как и Ю.С. Гамбаров, сближал термины «источник» и «форма права».

Сходным образом поступал П.Г. Виноградов (1854–1925), исследование которого в значительной степени было основано на анализе прецедентного права. Более того, он предпочитал писать об обычае, законе, судебном прецеденте и справедливости как об источниках права³.

Развитием взглядов Л.И. Петражицкого и отчасти интерпретацией мнения Н.М. Коркунова в отношении источников права стала позиция Е.Н. Трубецкого (1863–1920) относительно источников и форм права. Положительным (позитивным) правом ученый считал право, исполнение которого обеспечивается «внешним авторитетом», будь то государственная власть, церковь и т.п.; в случае, если правовые нормы исполняются в соответствии с «требованиями разума», следует говорить о естественном праве⁴.

По мнению исследователя, естественное и позитивное право являются формами права⁵. С другой стороны, формой или источником позитивного права являются: основные формы — закон и обычай, прецедент; «побочные» — административные распоряжения, судебная практика, право юристов. Под источником позитивного права следует понимать «причины или условия», которые придают нормам «значение норм позитивного права». С этой точки зрения, источник всякого права (естественного и позитивного) (первоначальный источник) — общественный авторитет⁶.

Г.Ф. Шершеневич (1863–1912), понимая под правом «правила общежития, поддерживаемые государственной властью»⁷, рассматривал термины «форма права» и «источник права» как близкие, синонимичные. Вместе с тем ввиду многозначности термина «источник права» исследователь считал его малопригодным для использования в юриспруденции. Наиболее предпочтительным, с его точки зрения, был термин «форма права», который определялся им как: 1) как способ существования норм права⁸; 2) вид права, отличающийся от других видов «по способу выработки содержания норм». При этом выбор форм права «зависит всецело от государственной власти»⁹. Под «способом выработки содержания норм права» Г.Ф. Шершеневич понимал то, что обуславливает

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 9-е изд. СПб., 1914. С. 288; Он же. Общее учение о праве. СПб., 1884. С. 169.

² Там же. С. 293.

³ См.: Виноградов П.Г. Очерки по теории права. М., 1915. С. 91–92, 96, 144. По П.Г. Виноградову, справедливость — метод осуществления судебного усмотрения (С. 144).

⁴ См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998. С. 21–22, 74.

⁵ См. там же. С. 73–74.

⁶ См. там же. С. 75–76, 77.

⁷ См.: Грин И.В. Профессор Шершеневич и его труды. Критические заметки. Николаев, 1912.

⁸ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. I. М., 1912. С. 368–380.

⁹ Там же. С. 368–369.

содержание норм права, говоря в терминах современной юриспруденции — материальные источники права¹.

Позиция Д.Д. Гримма (1864–1941) в отношении понятия «источник права» была в большей степени нюансирована. В частности, он считал необходимым выделять внутренние и внешние источники права. В первом случае следует говорить о причинах появления норм права, «факторах, под влиянием которых складываются те или другие нормы»; во втором случае — о «форме образования юридических норм»². К последним — основным формам — относятся закон, обычай и судебная практика (судебный прецедент). К остальным формам Д.Д. Гримм относил указы — нормативные акты органов исполнительной власти, акты, содержащие статутарные нормы³.

И.В. Михайловский (1867–1921), ученик Б.Н. Чичерина, попытался устранить различия в понимании термина «источник права», указав на то, что по существу общим является представление об источнике права как «факторах, творящих право». Разница во взглядах специалистов заключена в понимании указанных факторов. Это объективные условия внешней среды, либо этический закон (у Н.Е. Чиждова), либо психические переживания личности (у Л.И. Петражицкого), либо, наконец, формы, в которые облекается «известное содержание»⁴. Самим исследователем проблема решалась следующим образом.

По мнению И.В. Михайловского, следует различать основные источники права и непосредственные. К первым относятся: абсолютная идея права, выраженная в естественном праве и зависящая от нее, положительное право, определяющее содержание права.

Среди непосредственных источников права следует различать: 1) материальные источники права — «факторы, творящие содержание права», и 2) формальные источники права — факторы, «облекающие содержание в форму юридических норм». При этом материальные источники права могут быть: а) объективные — окружающая среда и б) субъективные — «сознание человека» («субъективное правосознание»). В целом, как утверждал исследователь, непосредственным материальным источником права является именно субъективное правосознание, поскольку через него на содержание права влияют как объективные источники права, так и абсолютная идея права.

Понятие формального источника права заключается во власти — силе, придающей норме общеобязательный характер. При этом власть облекает норму в форму права⁵. Иначе говоря, форма права, по существу, выражает формальные источники права, которые в свою очередь следует делить на основные — закон и субсидиарные.

К числу последних исследователь относил: 1) обычное право; 2) указ, т.е. норма, издаваемая органами государственного управления; 3) автономические (локальные) нормы местного самоуправления; 4) доктрина права (наука); 5) судеб-

¹ См.: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 75–77.

² Гримм Д.Д. Энциклопедия права: лекции, чит. в Военно-юридической академии. СПб., 1895. С. 81–82.

³ Гримм Д.Д. Энциклопедия права. С. 98, 100; Он же. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм. СПб., 1896.

⁴ Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. С. 237.

⁵ См. там же. С. 243–244.

ная практика; 6) нормы, «устанавливаемые частными лицами и обществами»; 7) нормы договоров¹. Обычное право, как отмечал И.В. Михайловский, относится к субсидиарной форме права прежде всего в современном государстве, поскольку, во-первых, обычай регулирует лишь те отношения, которые не урегулированы законом; во-вторых, закон обладает безусловной дерогирующей силой². Исследование И.В. Михайловского было подвергнуто серьезной критике. В числе прочего возражение вызвала схематичность и неисторичность его позиции по вопросу о формальных источниках права (формах права)³.

Точка зрения Л.И. Петражицкого (1867–1931) по вопросу об источниках права, как и вся его концепция права, значительно отличалась от существовавших взглядов⁴. Творец психологической концепции рассматривал право как суждение, существующее в психике человека и влияющее на его поведение посредством переживания указанного суждения в эмоции. Право проявляется в психическом факте переживания права. Критикуя использование термина «источник права», Л.И. Петражицкий писал о том, что «под своеобразным учением о так называемых «источниках права» скрывается «учение о видах позитивного права»⁵.

В связи с этим ученый выделял следующие виды позитивного права: 1) законное право; 2) обычное право (ссылка на обычай); 3) прецедентное право; 4) право судебной практики (право преюдиции); 5) книжное право (Талмуд); 6) договорное право; 7) экспертное право (кассационные решения Сената); 8) право науки. Всего Л.И. Петражицкий выделял 15 видов положительного права.

Основанием указанной классификации видов права выступает авторитетно-нормативный факт. По существу вид права есть нормативный факт. Именно он лежит в основе обязательности следования норме для правосознания (правового переживания) личности⁶. Теория Л.И. Петражицкого, будучи в дореволюционное время объектом жесткой критики со стороны Б.Н. Чичерина⁷, В.И. Сергеевича⁸, П.И. Новго-

¹ См.: Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. С. 269, 288, 366–409.

² См. там же. С. 279, 281.

³ Тарановский Ф.В. Новый опыт построения философии права в русской литературе (И.В. Михайловский). Очерк философии права. Т. 1. Томск, 1914). Юрьев, 1915. С. 38–41.

⁴ См.: Пяткина С.А. Л.И. Петражицкий и его эмоционалистская школа в системе правовых идей отечественной юриспруденции. М., 2000; Головина Л.Ю. Теория понимания права Л.И. Петражицкого: история и современность: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2007.

⁵ Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Уч. зап. Моск. гос. ун-та. Вып. 116. Труды юридического факультета. Кн. 2. М., 1946. С. 6.

⁶ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 2. СПб., 1907. С. 511–609.

⁷ См.: Чичерин Б.Н. Психологическая теория права // Вопросы философии и психологии. 1900. Кн. 55. С. 365–384.

⁸ См.: Сергеевич В.И. Новое учение о праве и нравственности // Журнал Министерства юстиции. 1909. № 2. С данной рецензии началась полемика между В.И. Сергеевичем и Л.И. Петражицким (см.: Петражицкий Л.И. Критика моего Введения в изучение права и нравственности, написанная В.И. Сергеевичем // Журнал Министерства юстиции. 1909. № 9; Сергеевич В.И. Мой ответ г. Петражицкому // Журнал Министерства юстиции. 1910. № 2. С. 101–128; Петражицкий Л.И. «Новое учение о праве и нравственности» и критика В.И. Сергеевича. СПб., 1910; Он же. Объяснение проф. Сергеевича по поводу его критики [работ Л.И. Петражицкого в брошюре «Новое учение о праве и нравственности»]. СПб., 1910.

родцева¹, Б.А. Кистяковского² и др.³, имела определенное влияние не только на работы учеников Л.И. Петражицкого, но и на труды юристов 1920-х гг. Однако, несмотря на это, взгляд исследователя по вопросу об источниках права не был принят и не подвергся модификации в советское время.

Несмотря на тенденцию в исследованиях по общей теории права, которая заключалась в различении понятий источник и форма права, В.М. Хвостов (1868–1920) был склонен отождествлять эти термины: под источником права он понимал «те формы, в которых возникают и получают обязательную силу юридические нормы». К ним исследователь относил: основные формы (закон, обычай) и субсидиарные (нормативный договор)⁴.

Итак, историческая школа права, сыгравшая значительную роль в развитии юриспруденции в России, предопределила решение вопроса об источниках права. Первоначально, вплоть до 1870-х гг., в качестве источника права рассматривали некоторое народное творческое начало; понятие форма права использовалось исключительно по отношению к позитивному праву. После появления работ Иеринга, внесшего серьезные коррективы в концепцию исторической школы права, в трудах большей части отечественных исследователей указанные понятия сближаются в своем значении — форма права рассматривается как источник права в юридическом смысле (Ю.С. Гамбаров, Н.М. Коркунов, П.Г. Виноградов, Г.Ф. Шершеневич).

Новый этап в развитии представлений об источниках права произошел на рубеже XIX–XX вв. Он связан с работами Д.Д. Гримма, различавшего источники внутренние и внешние (форма права), И.В. Михайловского, предлагавшего выделять материальные и формальные источники права (форма права). Наконец, крупнейшей новацией стали труды Л.И. Петражицкого, считавшего необходимым заменить понятие источник права на термин «вид права» или «вид нормативного факта». Несмотря на то, что эта позиция, как и вся концепция Л.И. Петражицкого, подверглась критике и не была принята научным сообществом, она оказала значительное влияние на исследования проблемы источников права предреволюционного периода. Тем не менее в целом в дореволюционной юриспруденции вопрос об источниках права находился на периферии научных дискуссий и не вызывал острой полемики как по другим вопросам науки права.

¹ См.: Новгородцев П.И. Психологическая теория права и философия естественного права // Юридический вестник. 1913. Кн. 3. С. 1–23; Он же. К вопросу о современных философских исканиях (ответ Л.И. Петражицкому) // Вопросы философии и психологии. 1903. Кн. 66. С. 121–145 и др.

² См.: Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. М., 1916. С. 257–337. См. также: Он же. Реальность объективного права (критико-методологический этюд). СПб., 1909. Данной работой была открыта дискуссия с учеником Л.И. Петражицкого П.Е. Михайловым (см.: Михайлов П.Е. О реальности права // Юридический вестник. 1914. Кн. 5 (1). С. 5–52); Он же. Кризис юриспруденции и дилетантизм в философии // Юридический вестник. 1914. Кн. 5 (1). С. 70–106; Спекторский Е.В. К спору о реальности права // Юридический вестник. 1914. Кн. 5 (1). С. 53–69.

³ См.: Понпе В.М. Критика методологических основ теорий права и нравственности профессора Л.И. Петражицкого. СПб., 1912; Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. С. 110–121; Джорджиния Н.С. Критика психологической теории права Л.И. Петражицкого. Киев, 1915 и др.

⁴ См.: Хвостов В.М. Общая теория права. Элементарный очерк. 6-е изд. М., 1914.

ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

В.Н. Агеев,

к.ю.н.,

доцент кафедры конституционного, административного
и международного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Ограничения прав и свобод человека в контексте общей теории права

Возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина, установление оснований, пределов такого ограничения являются наиболее актуальными аспектами проблематики регулирования, реализации и защиты закрепленных в Конституции РФ прав человека и гражданина. Надлежащее их решение имеет большое значение как для формирования теории прав человека в России, так и для развития государственно-правовой практики¹.

Не вызывает сомнений, что государство при решении возложенных на него обществом задач, связанных с обеспечением безопасности граждан и государства, защиты конституционного строя, вправе допускать определенные ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина. Подобные шаги есть цивилизованный способ регулирования меры свободы в обществе. Однако здесь недопустимы злоупотребления и волюнтаризм. Именно поэтому в большинстве стран мира законодательство, допуская ограничения прав и свобод личности, четко регламентирует основания, пределы и порядок их применения².

К числу наиболее актуальных направлений развития современной российской теории права относится разработка теории защиты основных прав человека и гражданина³, ориентированной в конечном итоге на реализацию прикладной функции общей теории права, направленной на совершенствование практики защиты закрепленных в Конституции РФ, а также иных общепризнанных прав и свобод человека и гражданина.

Одной из центральных проблем как формирующейся новой доктрины действующего права, так и зарождающейся на ее основе теории защиты прав человека является проблема ограничения прав и свобод личности (человека и гражданина), оснований, возможностей и пределов подобного ограничения.

Как известно, главный философский вопрос во взаимоотношениях человека, общества и государства — это вопрос о степени свободы человека и о возможно-

¹ См.: Агеев В.Н. Конституционные ограничения основных прав и свобод личности в РФ: теория, история, практика. Казань, 2006. С. 6.

² Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1998. № 8. С. 41.

³ См.: Цуканов А.Н. Правовая теория защиты основных прав. М., 2005. С. 12.

сти, основаниях и мере вторжения государства и других индивидов в эту свободу. С помощью ограничений достигается благая цель — социальное сожительство, т.е. совместное проживание людей на одной территории для достижения наиболее высокого уровня индивидуального развития.

Государство выступает в этом случае наиболее удобным средством достижения такой цели. «Государственный строй, основанный на наибольшей человеческой свободе согласно законам, благодаря которым свобода каждого совместима со свободой всех остальных (я не говорю о величайшем счастье, т.к. оно должно явиться само собой), есть во всяком случае необходимая идея, которую следует брать за основу при составлении не только конституции государства, но и всякого отдельного закона; при этом нужно прежде всего отвлечься от имеющихся препятствий, которые, быть может, вовсе не вытекают неизбежно из человеческой природы, а возникают скорее из-за пренебрежения к истинным идеям при составлении законов»¹.

Анализируя понятие «ограничение» в общеправовом смысле, необходимо отметить, что многие исследователи подчеркивают, что сами права (человека, гражданина, личности), установленные Основным законом, представляют собой ограничения — ограничения естественного права и в этом смысле в полном объеме отвечают своему предназначению.

«Что такое права? — писал Г.Ф. Шершеневич. — Это обязанность, это прежде всего сознание связанности своей воли... Человек действует не так, как побуждают его собственные интересы, он считает необходимым ограничить себя в возможном фактически осуществлении интересов из-за интересов других»².

«Право... в законе — это всегда известное ограничение естественного права с точки зрения уточнения границ его распространения, определения дозволенных форм, способов реализации права, обеспечения механизмов защиты от нарушения или восстановления нарушенного права. В указанном смысле справедливо утверждение о том, что только ограниченное и содержащее пределы своей свободы право отвечает своему первоначальному предназначению»³.

Г.Ф. Шершеневич, кроме того, к сущностным чертам права относил следующие: 1) право предполагает поведение лица, 2) право обладает принудительным характером, 3) право всегда связано с государственной властью. Эти неотъемлемые элементы права образуют представление о его понятии⁴. «Право, — утверждал он, — это норма должного поведения человека, неисполнение которой влечет за собой принуждение со стороны государственных органов»⁵.

Понятие «правового ограничения» сформулировано А.В. Малько, и, на наш взгляд, оно содержит наиболее развернутую характеристику данного правового феномена.

По А.В. Малько, «правовое ограничение — есть правовое сдерживание противозаконного деяния, создающее условия для удовлетворения интересов контрсубъ-

¹ Кант И. Критика чистого разума / пер. с нем. Н.О. Лосского. Минск, 1998. С. 208.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1912. С. 619–620.

³ Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1998. № 8. С. 26.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 292.

⁵ Там же. С. 298.

екта и общественных интересов в охране и защите; это установленные в праве границы, в пределах которых субъекты должны действовать, исключение определенных возможностей в деятельности лиц»¹.

Сформулировав понятие правового ограничения в общетеоретическом смысле, А.В. Малько предоставил свободу многим ученым-теоретикам, а также ученым-конституционалистам в интерпретации понятия «ограничение права», мнения которых сводятся в конечном счете к одному — что свобода имеет свои пределы, границы, контуры. Реализация прав и свобод в общественной жизни сталкивается с индивидуальными и публичными интересами. Отсюда возникает необходимость разграничения сферы свободы индивида со статусом других обладателей прав и свобод и сферой прав и интересов государства и общества в целом. «Ограничивая свободу каждого известными пределами, право обеспечивает ему зато беспрепятственное и спокойное пользование своими правами, т.е. гарантирует ему свободу внутри этих пределов. Свобода каждого человека простирается лишь до той границы, от которой начинается свобода других людей. Стремясь установить эти границы, право содействует тому, чтобы в совместной жизни людей воцарился порядок, основанный на свободе»². «Подлинная свобода осознает свои границы, более того, обретает себя лишь в рамках права»³.

Одним из определяющих признаков ограничения права, отмечаемых большинством ученых, является то, что ограничение — это всегда установленный предел свободе индивида. А.В. Малько подчеркивает, что «правовые ограничения ставят действия индивидов в определенные рамки, суживают их возможности до юридически и социально требуемого состояния»⁴. М.И. Байтин отмечает, что права (свободы) и их ограничения «будучи опосредованы правом, гарантированы им, составляют содержание юридической свободы как системы правовых пределов свободы воли и поведения человека и гражданина в обществе и государстве... Таким образом, юридическая свобода и пределы пользования ею упорядочены правом... право, свойственными ему специфическими приемами и средствами, устанавливает одинаковую для каждого лица возможность осуществлять свои права и свободы, не причиняя вреда другим лицам и обществу в целом»⁵.

В процессе реализации прав и свобод сталкиваются различные интересы: субъекта этих прав (свобод), других лиц, общества в целом, государства. В силу этого установление ограничений прав и свобод является объективной потребностью нормального функционирования общества, с одной стороны, и свободы личности — с другой. Цель ограничений — достижение компромисса между интересами человека и интересами общества, государства и других лиц. Ограничение направлено на достижение рационального, т.е. адекватного баланса сталкивающихся конституционно-правовых ценностей.

¹ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2004. С. 91.

² Ильин И.А. Общее учение о праве и государстве (фрагменты) // Правоведение. 1992. № 3. С. 96.

³ Малько А.В. Правовые ограничения: от отраслевого понимания к теоретическому // Правоведение. 1993. № 5. С. 14.

⁴ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. С. 92.

⁵ Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву: «Круглый стол» журнала «Государство и право» // Государство и право. 1998. № 8. С. 32.

Таким образом, представляется возможным сформулировать понятие ограничений прав и свобод человека, которые представляют собой законодательно установленные пределы реализации и осуществления человеком и гражданином прав и свобод, существование которых предопределено необходимостью защиты конституционно признаваемых ценностей и назначением которых является достижение компромисса между интересами человека и интересами общества, государства и других лиц.

С.Т. Артёмова,

к.ю.н., доцент, декан юридического факультета,
Ульяновский государственный педагогический
университет им. И.Н. Ульянова;

О.А. Сычёва,

к.ю.н., зав. кафедрой образовательного права,
Ульяновский государственный педагогический
университет им. И.Н. Ульянова

Правоприменительная деятельность суда как правозащитный фактор

Судебная защита прав и свобод человека и гражданина — это важнейший институт конституционного права. Он представляет юридический механизм, с помощью которого государство обязано обеспечить соблюдение прав и свобод человека и гражданина, прежде всего закрепленных в Конституции. В настоящее время именно судебная форма защиты субъективных прав и свобод, а также охраняемых законом интересов человека и гражданина является основной. Понятия государственной и судебной защиты неразрывны и вместе с тем не идентичны. С одной стороны, судебная власть всей своей деятельностью осуществляет защиту основ конституционного строя и безопасности государства от преступных посягательств, с другой — государство не имеет собственных целей, его деятельность заключается в том, чтобы обеспечить благо индивида. Поскольку защита прав и свобод — функция государства, аналогичные полномочия осуществляют и другие ветви государственной власти, однако судебной защите прав и свобод личности отводится особая роль.

Эта роль судебной власти заключается в том, что она призвана, находясь между двумя другими ветвями власти, сдерживать и уравнивать их в постоянном стремлении к абсолютизации. А кроме того, судебная власть призвана играть роль независимого и беспристрастного арбитра в отношениях человека и власти. Именно в этой абсолютной независимости и беспристрастности суда заключается его роль гаранта свободы и интересов личности.

Выдающийся юрист Г.Ф. Шершеневич указал, что с наибольшей яркостью процесс применения права, как подведения конкретных бытовых отношений под абстрактные нормы права, раскрывается в деятельности суда¹.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. В 4 т. Вып. 4. М., 1910. С. 699.

Правоприменительная деятельность суда, т.е. отправление правосудия, — это исключительное (по прямому указанию в ст. 118 Конституции РФ) право и почетная обязанность членов судейского корпуса. Данная деятельность непосредственно направлена на пресечение нарушения и восстановление прав и свобод человека и гражданина, т.е. она является правозащитной.

Согласно ст. 18 Конституции РФ, права и свободы человека и гражданина обеспечиваются правосудием. «Мы почувствовали бы себя очень беспокойно, — справедливо отмечено видным исследователем, — если бы в одно прекрасное утро нам сказали, что правосудие отменяется... Деморализация судей, падение самостоятельности судов вызывает в нас... чувство беспокойства... До такой степени идея правосудия связывается в нашем представлении с общественным благоустройством»¹.

В специальной литературе правосудие определено как осуществление судом правоприменительной деятельности, основанной на соблюдении демократических принципов и выражающейся в рассмотрении и разрешении судебных дел в рамках установленного законом процессуального порядка, обеспечивающего возможность применения к правонарушителям государственного принуждения в условиях соблюдения законности, справедливости и общеобязательности принимаемых решений².

По своей сути судебная деятельность — это форма творчества, которая позволяет находить новые оригинальные конфигурации прежних ресурсов и функций³. При этом осуществляя правосудие, судья несет моральную ответственность за правильность постановленного решения не только перед участниками конкретного процесса, собой и руководством, но и перед всем обществом. Итоговым результатом судебного правоприменения являются судебные акты, которые должны быть законными. Законность — это универсальный общеправовой демократический принцип правового государства, действующий во всех отраслях государственной и общественной жизни, означающий безусловное исполнение всеми и каждым установленных нормативными предписаниями требований без обсуждения их целесообразности. Судебные акты по форме и содержанию являются актами-предписаниями и излагаются в виде письменного решения-распоряжения об исполнении определенных действий или воздержании от них⁴. Г.Ф. Шершеневич обоснованно критиковал высказывания о том, что судебное дело должно решаться не по букве закона, а по справедливости. Следует согласиться с научной позицией о том, что справедливость — это «предел выбора при осуществлении судейского усмотрения в случаях закрепления названной категории в ситуационных юридических нормах... и ее применения при рассмотрении и разрешении конкретных дел в судах...»⁵. По мнению Г.Ф. Шершеневича, слова «правда и милость», которыми были напутствованы новые суды, были поняты именно в смысле справедливости, сменяющей формализм, тогда как в действительности они означали законность и неподкупность, идущие на смену произволу и взяточничеству⁶.

¹ Социология: лекции Г.Ф. Шершеневича. М., 1910. С. 188—189.

² См.: Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» / отв. ред. В.И. Радченко, В.П. Кашепов. М., 2001. С. 21.

³ См.: Колоколов Н.А. О праве, суде и правосудии (избранное). М., 2006. С. 107.

⁴ См. об этом: Изварина А.Ф. Судебная власть в Российской Федерации: содержание, организация, формы. Ростов н/Д, 2005. С. 84.

⁵ Папкова О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 95.

⁶ Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности. М., 1897. С. 75.

Не теряет своей актуальности вопрос о наиболее оптимальной структуре акта судебного правоприменения. Логическое строение судебного решения Г.Ф. Шершеневич представляет как силлогизм, в котором роль большой посылки играет норма права, малой посылки — конкретное бытовое отношение. Чтобы вывод из посылок (судебное решение) был верен, необходимо точное установление обеих посылок. Установление большой посылки состоит из двух моментов: 1) в установлении текста нормы права (критика) и 2) в установлении содержания нормы права (толкование). Особенность судебного умозаключения состоит в том, что большая посылка, установленная в своем тексте и содержании, не подлежит доказыванию. Установление малой посылки происходит по иным началам, так как в действительной жизни редко встречается случай в виде готового среднего термина. Задача лица, применяющего право, состоит в том, чтобы подготовить возможность умозаключения раскрытием фактического состава, соответствующего среднему термину. Случай, подводимый под норму права, представляет сумму фактов.

Г.Ф. Шершеневич рекомендует суду произвести двойную операцию: 1) обособить факты, составляющие в совокупности рассматриваемый случай, от фактов, происшедших в пределах того же времени и пространства, например, отношение между данными лицами по договору личного найма от отношения по родству между теми же лицами, от отношения по оскорблению, нанесенному одним из этих лиц другому, и 2) обособить в совокупности фактов, составляющих данный бытовой случай, факты, имеющие существенное значение с юридической точки зрения, например, очищение юридического отношения по личному найму от влияния отношений экономических, нравственных, религиозных. Этот процесс стоит в зависимости от «таланта и навыка лица, применяющего нормы права», т.е. от профессионализма судьи. Здесь, как отмечено выдающимся исследователем, юрист-практик оказывается гораздо выше человека, не получившего юридической подготовки и не обладающего юридическим опытом, и даже может оказаться сильнее юриста-теоретика, имеющего большие знания, но не обладающего навыком. В процессе установления малой посылки Г.Ф. Шершеневич сравнивает юриста с врачом, устанавливающим диагноз болезни, так как и тот и другой нередко вызывают недоумение и раздражение со стороны лиц, обращающихся к их помощи, когда они отказываются слушать многоречивый рассказ о болезни или ссоре потому, что, с их точки зрения, не имеют вовсе значения факты, которым больные или клиенты придают очень большое значение¹.

Роль судейского усмотрения при принятии решения в современных условиях невозможно недооценить, оно лежит в основе итоговой оценки представленных сторонами доказательств, и обращение к нему происходит в совещательной комнате до оглашения итогового судебного акта по конкретному делу. Однако усмотрение это должно быть основано не только на личном и профессиональном опыте такого авторитетного юриста, как судья, но в первую очередь на нормах права. Г.Ф. Шершеневич категорично указал, что норма права должна быть применяема ко всем бытовым отношениям по точному ее смыслу, несмотря ни на какие конкретные условия, что применение норм права по точному их смыслу, невзирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка, что пра-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 699–704, 704–710, 714–716.

во существует не ради самого себя, не для торжества отвлеченной идеи, а ради живых людей, ввиду насущных интересов жизни. Если норма вообще несправедлива или нецелесообразна, то юрист рекомендовал придавать ей во всех случаях такое применение, которое сопровождалось бы наименее несправедливыми и нецелесообразными последствиями. Применение нормы права с приспособлением ее смысла к конкретным случаям для устранения нежелательных последствий составляет принцип справедливости или целесообразности. О соответствии закона со справедливостью нужно думать тогда, когда закон изготавливается, а не тогда, когда он применяется¹.

Выражение в праве начал справедливости, в том числе в практике его реализации и применения, есть «моральность права»². В этой связи не только не потеряла своей актуальности, но и приобрела новое звучание идея Г.Ф. Шершеневича, согласно которой лишь усовершенствование законодательной техники даст суду возможность, не выходя из пределов правила, принять в соображение индивидуальность случаев его применения.

Л.Т. Бакулина,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Правовое государство в России: от конституционной модели к социальной практике

На смену полицейскому государству в XIX столетии
пришло «правовое государство».

... В новейшее время на место правового государства
выдвигается «культурное государство».

... На горизонте обрисовываются, хотя еще не ясно,
черты «социального государства».

Г.Ф. Шершеневич

Вынесенные в качестве эпитафии слова великого российского правоведа как нельзя точно, на наш взгляд, определяют то, насколько мы даже в веке XXI далеки не только от намеченной цели, но и как сильно отклонились от теоретической модели, разработанной еще в XIX столетии плеядой авторитетнейших отечественных ученых-юристов — теоретиков правового государства: В.М. Гессена, Н.М. Коркунова, С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, Г.Ф. Шершеневича и др.

Реализация концепции правового государства в России — дело не одного десятилетия, что обусловлено множеством объективных и субъективных факторов, в том числе и различиями в понимании «наполнения» конституционной конструкции реальным содержанием. При всем многообразии взглядов на сущность правового государства основная идея данной концепции выражается в том, что воля наро-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 699—704, 704—710, 714—716.

² См.: Алексеев С.С. Философия права. М., 1998. С. 56.

да легитимирует государственную власть, а государственная власть ограничивается правом, в результате чего достигается справедливое общественное устройство.

Взяв за основу разработанные в юридической науке характеристики правового государства, остановимся на следующем определении: правовое государство — это система принципов оптимального устройства и функционирования структур государственной власти «в целях безопасности и благополучия гражданского общества, развивающегося на основе органического сочетания частных и публичных начал»¹. Такими основными принципами выступают: господство права (и (или) верховенство закона); приоритет прав человека (и (или) обязательность конституционного закрепления основных прав и свобод человека²); взаимная ответственность гражданина и государства; принцип разделения властей. В свою очередь Г.Ф. Шершеневич называет данные принципы гарантиями, обеспечивающими правовой порядок против произвола государственной власти, и выделяет в качестве таковых: «а) неотъемлемые права личности, б) принцип разделения властей, с) правовое самоограничение власти, d) подчиненность государства стоящему над ним праву»³.

Эти принципы не абсолютны, не бесспорны и не статичны: они не существуют сами по себе — их отправляют люди. А значит, повседневная политическая судьба принципов правового государства очень часто расходится не только с их теоретическим оригиналом, но и с конституционно закрепленной моделью. Представления о правовом государстве, сформулированные доктринально, служат, с одной стороны, ориентиром для законодателя, с другой — своего рода пробным камнем для оценки действующей Конституции, как писаной, так и реальной. Поэтому «содержание правовой государственности России выводится и из абстрактных представлений о некой идеальной модели правового государства, и из норм Конституции, и из практики реализации этих идей в деятельности государственной власти, общества в целом»⁴.

Существует весьма распространенное представление, что правовое государство то же самое, что государство конституционное⁵, но, по мнению Г.Ф. Шершеневича, это совершенно не так: «Правовое государство есть проблема, поставленная государству временем; конституционное государство есть наилучшее, по воззрению времени, средство для осуществления этой задачи... Вот почему, поставив требование государства, в котором право соблюдалось бы в точности, XIX век указал на конституционную форму, как на лучшее средство, гарантирующее правовой порядок»⁶.

Кроме того, сегодня правовое государство непременно социально ориентировано. Хотя две эти концепции не просто самостоятельны, но изначально в своей основе имеют сущностные различия. Это обусловлено тем, что теория правового государства формировалась на базе ценностей классического либерализма, а кон-

¹ См.: *Самигуллин М.В.* Конституционно-правовая мысль дореволюционной России (1730–1883 гг.): историко-правовое исследование: автореф. дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2007. С. 7.

² См.: *Омельченко О.А.* История политических и правовых учений (История учений о государстве и праве): учебник для вузов. М., 2006. С. 410–413.

³ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Философия права. Т. I: Часть теоретическая. Общая теория права. М., 1911. С. 243.

⁴ *Хлопушин С.Н.* Правовое государство в России (конституционные ориентиры и социально-юридическая практика) // Гражданин и право. 2007. № 7. С. 25–30.

⁵ Некоторые авторы рассматривают конституционализм в качестве принципа правового государства (см., например: *Исаев Б.А., Баранов Н.А.* Политические отношения и политический процесс в современной России: учеб. пособие. СПб., 2008. С. 247).

⁶ *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 244–245.

цепции социального государства — на базе идей солидаризма (а в некоторых странах — социализма). Поэтому ради достижения социальной стабильности и эффективного развития общества при конституционном оформлении этих концепций возникает необходимость нахождения компромисса между коллективными и индивидуальными потребностями и интересами.

Возвращаясь к эпиграфу, стоит отметить, что между правовым и социальным государством, как считал Г.Ф. Шершеневич, — «государство культурное». Однако ни в Конституции РФ, ни в социально-политической практике и речи нет о необходимости прежде всего формирования цивилизованной, культурной личности — Гражданина этого государства.

Безусловно, центральной персоной правовой государственности является Гражданин (именно так — с большой буквы, от несколько позабытого сегодня слова «гражданственность»), наделенный реально обеспеченными правами, которые в соответствии со ст. 18 Конституции РФ являются непосредственно действующими и определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной властей, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. А соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина — конституционная обязанность государства, которая в свою очередь должна быть обеспечена соответствующим правовым механизмом.

Провозглашение в Конституции РФ человека, его прав и свобод высшей ценностью позволяет некоторым авторам утверждать, что все иные общественные ценности, а в их числе и обязанности человека, рангом ниже и не могут противоречить данному постулату. Данный принцип базируется на либеральных ценностях конца XIX в., которые легли в основу концепции правового государства. Однако в современных условиях, когда Основной закон большинства европейских стран закрепил принципы не только правовой, но и социальной государственности, абсолютизация прав человека противоречит не только конституционной модели, но и культурным традициям многих государств. Весьма показательны в этой связи слова митрополита Санкт-Петербургского и Ладожского Иоанна, отмечавшего, что «высокая мысль о правах человека питается эгоизмом и самомнением, ведет к изоляции людей друг от друга и разъединению общества. В православной культуре на первое место всегда выступали обязанности, а не права»¹.

Как показывает политико-правовой опыт современных государств, далеко не все они «исповедают» и принцип разделения властей (Англия, Дания, Швеция и др.)², не переставая быть при этом демократическими правовыми государствами с конституционным строем. Однако, «обладая некой универсальностью, способностью обретать различные формы в зависимости от характера государственности, социально-политических и экономических условий»³, правовое государство сохраняет ряд сущностных черт, одной из которых выступает разделение властей как конституционный принцип организации деятельности государственного механизма во многих странах. Поиск оптимальной модели его реализации в России приобре-

¹ Государство как произведение искусства: 150-летие концепции / Ин-т философии РАН; Моск.-Петерб. философ. клуб; отв. ред. А.А. Гусейнов. М., 2011. С. 23.

² См.: Разделение властей: учеб. пособие / отв. ред. М.Н. Марченко. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 4.

³ Романов Р.М. Российский парламентаризм. История и современность. М., 2000. С. 33.

тает особое значение в силу действия разнонаправленных «векторов»: ориентации субъектов Российской Федерации на расширение своей самостоятельности и выстраивания властной «вертикали» федеральным центром.

Движение к правовому государству сегодня связывают с процессом модернизации российской государственности, который развивается при поддержке государства, инициирован им и уже более трехсот лет оказывает воздействие на понимание права россиянами и на их отношение к праву и государству. В контексте указанных процессов принцип господства права, как одна из сущностных характеристик правового государства, обретает новые грани. Право формализует цели и задачи, стоящие перед обществом, способствует появлению социального субъекта модернизации, закрепляет результаты реформ. Кроме того, право — один из основных государственных инструментов модернизации, и от того, как общество относится к этому инструменту, как общественное правовое сознание принимает правовые нормы, зависит успех реформ¹.

Прежде чем приступать к реформированию, необходимо, чтобы государство и общество понимали, что главной целью проекта комплексной модернизации России (которую некоторые политические эксперты образно называют «политическим евро-ремонт», наполненным инновационным содержанием») должен стать Гражданин. «Тогда из такого целеполагания вытекает готовность к реализации соответствующих задач. В числе приоритетнейших как минимум две: обеспечение в России в XXI в. верховенства права и верховенства культуры. А одним из базовых условий продвижения к намеченной цели должна стать реформа образования»². Поэтому на современном этапе Российскому государству необходимо reinvestировать значительную часть государственных доходов в свое будущее, т.е. в образование, науку и культуру. И тогда теоретические осмысления классика отечественной юридической науки станут реальностью, хотя, на наш взгляд, с некоторыми уточнениями: построение правового государства и культурного государства — неразрывный процесс.

П.А. Батайкин,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

К вопросу о понятии и значении юридической конструкции

В последнее время увеличение объема нормативно-правового регулирования эффективно увеличивает значимость юридической техники. Совершенство законодательства в значительной мере выражается в том, насколько отработано само построение правового материала, т.е. насколько при его выработке учтены типовые схемы и модели, данные науки и практики, требования эффективности, логики, продуманности.

¹ *Белингов А.В.* Модернизация права в России (Теоретический анализ): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 5–6; *Венгеров А.Б.* Теория государства и права. Гл. 8: Теоретические вопросы российской государственности // Теория государства и права. Ч. 1: Теория государства / под общ. ред. А.Б. Венгерова. М., 1995. С. 104–153.

² Государство как произведение искусства: 150-летие концепции. С. 26–27.

Несмотря на то, что слово «техника» обычно используется в отношении экономики, материального производства, говоря о совершенствовании норм права, мы сталкиваемся с поиском наиболее эффективных, отработанных средств, приемов, правил, позволяющих достигать оптимальный результат. Как справедливо отмечал С.С. Алексеев, юридическая техника — это совокупность средств, приемов, правил разработки, оформления, публикации и систематизации законов, иных правовых актов, обеспечивающая их совершенство, эффективное использование¹. Действительно, юрико-технический уровень нормативных правовых актов является одним из важнейших показателей их качества.

Обычно термин «конструкция», как и слово «техника», мы применяем к вещам материальным, техническим. Конструкция — это состав и взаимное расположение частей какого-либо сооружения, механизма (сооружение сложного устройства, отдельные части, его составляющие)². Однако в юриспруденции тоже есть свои конструкции. При этом слово «конструкция» понимается примерно в том же самом смысле, что и в технике, в материальном производстве, в инженерном деле.

Еще в свое время Г.Ф. Шершеневич писал, что: «Субъекты права, — это те центры, юридические точки, к которым нормами объективного права прикрепляются субъективные права как коррелятивы обязанностей, возложенных на членов правового общения. Субъект права составляет лишь прием юридической техники. Все право существует ради интересов людей, и если эти интересы приводят в настоящее время к тому, что каждый человек считается правоспособным, то те же интересы требуют создания субъектов права и помимо человека... Всякий субъект права есть представление, внушенное объективным правом ради большего удобства разграничения человеческих интересов. В этом случае субъектом права пользуются, как точкой или линией в математике, как меридианом в географии, — их нет в действительности, но предположение их необходимо»³.

В теории права юридические конструкции отождествляют с логической дедукцией, с теоретическими положениями, со способом регулирования общественных отношений и средством юридической техники⁴. Юридическая конструкция представляет собой некую идеальную модель, которая должна отражать структурное строение правоотношений, юридических фактов или их элементов, правонарушений⁵. В современной литературе А.Ф. Черданцев выделяет три аспекта понимания юридических конструкций: в качестве, во-первых, метода познания права, во-вторых, средства построения нормативного материала, в-третьих, средства толкования и установления значимых фактов в процессе реализации норм права⁶. Бу-

¹ См.: Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М., 1998. С. 251.

² См.: Ефремова Т.Ф. Современный толковый словарь русского языка. В 3 т. Т. 2: А–Л. М., 2011. С. 352.

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Рига, 1924. С. 586–587.

⁴ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 348; Иеринг Р. Юридическая техника: пер. с нем. СПб., 1906. С. 63–75; Ушаков А.А. Очерки советской законодательной стилистики. Пермь, 1967. С. 73; Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 275–277; Черданцев А.Ф. Юридические конструкции, их роль в науке и практике // Правоведение. 1972. № 3. С. 12–14; Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 278.

⁵ См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 131.

⁶ См. там же. С. 150.

лучи выраженной в нормах права, юридические конструкции становятся нормативными. По этому поводу С.С. Алексеев отмечал, что «юридические конструкции представляют собой специфическое построение нормативного материала, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой»¹. Не случайно В.В. Чевычелов определяет юридическую конструкцию как средство правотворческой техники, заключающееся в моделировании, определенном логическом построении нормативного материала, одновременно выступающее методом познания и толкования норм права².

Р. Лукич справедливо отмечает, что «создание конструкций (в праве, как и в других отраслях науки) — трудное, ответственное и опасное дело. Трудным оно является потому, что необходимо найти лучший способ понимания и отражения чрезвычайно сложной правовой реальности; ответственным и опасным потому, что последствия недоброкачественных или излишних конструкций могут оказаться весьма тяжелыми». Несомненно, именно отработанность юридических конструкций есть показатель совершенства законодательства.

Трудно согласиться с В.Е. Хизовым, который считает, что целью создания юридической конструкции заключается в первую очередь в обеспечении регулятивной функции права. Элементами юридической конструкции он называет правовую норму, комплекс норм или структурный элемент нормы, которые обособлены на основании задачи, выполняемой элементом в рамках конструкций³. На наш взгляд, содержание юридической конструкции намного шире. Как отмечал М.Ю. Чельшев, закрепление правовых инструментов в гражданском законодательстве происходит при помощи правовых конструкций, которые показывают (должны показывать) все правовые грани того или иного правового инструмента — юридического лица, договора и проч. Юридические конструкции представляют собой конкретный способ закрепления в гражданском законодательстве разного рода правовых инструментов⁴.

Можно сказать, что юридические конструкции — это специфическое построение нормативного материала по особому типу связей составляющих его элементов. Своего рода синтетический или комплексный инструмент законодательной техники. Использование конструкций обеспечивает объединение в тексте нормативного акта норм в единый институт (например, конструкция права собственности).

Юридические конструкции являются важнейшими элементами законодательной техники, которая предназначена экономить юридический материал и органично вводить в систему права правила регулирования нового явления, либо устранять противоречия между уже существующими правами, обязанностями. Нормы права, содержащиеся в тексте нормативного акта, существуют не изолированно друг от друга. Все они, подчиняясь единой цели и задачам регулирования, образуют комплекс норм или конструкцию (чаще всего представляющий институт права). Назначением

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 275–276.

² См.: Чевычелов В.В. Юридическая конструкция: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... к.ю.н. Н. Новгород, 2005. С. 6.

³ См.: Хизов В.Е. Юридическая конструкция как средство познания // Бизнес. Менеджмент. Право. 2012. № 2. С. 134.

⁴ См.: Чельшев М.Ю. О юридических конструкциях в Проекте изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации // Изменения в Гражданском кодексе Российской Федерации: новеллы гражданского законодательства 2012: сб. материалов Всероссийской науч.-практ. конф. (г. Казань, 15 июня 2012 г.). М., 2012. С. 79–86.

юридической конструкции является введение в комплекс правовых норм элемента логической связанности, позволяющей распознавать единство норм, образующих данный институт, а также отношения этой группы норм с другими институтами.

Исходя из вышеизложенного и ограничиваясь пониманием права с позиции позитивно-нормативной теории, которая основана на представлении, что право — это нормы, изложенные в законах и других нормативных актах¹, можно показать следующее соотношение собственно права и юридических конструкций, а также дать авторское определение названному понятию. Право — это правовые нормы, обобщенные в соответствующие системные образования, в частности, в правовые институты, в которых воплощены юридические конструкции. Несомненно, юридическая конструкция представляет собой многозначное понятие. Это модель правового инструмента, прием юридической, в том числе правотворческой, техники, способ закрепления правовых инструментов. При этом юридическая конструкция имеет свою собственную структуру, включающую в себя специальные правовые термины, юридические процедуры и др.

К.М. Беликова,

д.ю.н., доцент кафедры гражданского и трудового права,
Российский университет дружбы народов

Конвергенция как механизм достижения баланса публичных и частных интересов в законодательстве зарубежных стран

Вопрос о необходимости и целесообразности деления права на частное и публичное, в том числе с точки зрения его комплексности, издавна находился в поле зрения отечественных и зарубежных правоведов². Современные тенденции правового регулирования экономических отношений свидетельствуют о подвижности границ частного и публичного права.

¹ См.: *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права / под ред. В.А. Томсинова. М., 2008. С. 89.

² Обзор литературы и разработку проблемы соотношения публичного и частного права см.: *Черепанин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве. Иркутск, 1926. См. также: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1898; *Герваген Л.Л.* На чем основано разделение права на публичное и частное, гражданское? Пг., 1915; *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963; Соотношение частного и публичного права: дискуссия журнала «Правоведение» // Правоведение. 1992. № 1. С. 24 и сл.; *Тихомиров Ю.А.* Публичное право. М., 1995; *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права. М., 2000; *Газье А., Талапина Э.* Публичное право Франции и России: пересечения и параллели // Правоведение. 2003. № 3 (248). С. 30–54; *Муромцев С.А.* Определение и основное разделение права // Избранные труды по римскому и гражданскому праву. М., 2004; *Мальцев Г.В.* Соотношение частного и публичного права: проблемы теории // Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. В.В. Безбаха, В.К. Пучинского. М., 2004. С. 718–759; *Базедов Ю.* Европейское гражданское общество и его право: к вопросу определения частного права в сообществе // Вестник гражданского права. 2008. № 1. Т. 8. С. 225–242; Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегодных науч. чтений памяти профессора С.Н. Братуся / отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2012 и др.

С одной стороны, происходит «публицизация» частного права — проникновение публично-правовых начал регулирования в сферу частноправового регулирования, с другой — коммерциализация широкого круга отношений, ранее находившихся в сфере административного регулирования¹. В связи с этим защита субъективного права видится на базе поддержания баланса публичных и частных интересов в правоотношении. Про это обстоятельство в свое время Г.Ф. Шершеневич замечал, что «нигде в законодательстве и в обычном праве не найдем мы последовательного указания — каков порядок защиты во всех случаях жизни, — публично-правовой или частноправовой». И почему, например, когда застройщик неправомерно застраивает дорогу, мы обращаемся в полицию, а когда он же — застраивает неправомерно соседний с нами участок, — в гражданский суд².

Давая обзор представлений ученых, задававшихся вопросом соотношения и взаимодействия публичного и частного права до него и одновременно с ним, Г.Ф. Шершеневич полагал теоретические попытки деления права на публичное и частное состоянием исторически сложившимся и вопросом факта³. Тогда как задачей науки видел объяснение этого факта с точки зрения современности в ее фактическом проявлении, но не с позиции ответа на вопрос, почему так сложилось, хотя и ответу на этот вопрос он уделял внимание⁴. Раздел о системе права в своей «Общей теории права» (например, 1910 г.) он окончил утверждением того, что «несомненно, что дальнейшее развитие права будет все более стирать резкие границы между публичным и частным правом и укреплять нормы публичного права в области, где до сих пор господствовал частный интерес»⁵.

Развивая идеи Г.Ф. Шершеневича, разработчик теоретической концепции конвергенции публичного и частного права Н.М. Коршунов, давший новое направление развитию теоретических представлений о соотношении публичного и частного права, полагал, что им выявлен объективный процесс проникновения публичного права в сферы частноправового регулирования, и наоборот. Он полагал, что критерием оптимального взаимодействия частного и публичного права в рамках их конвергенции в современных национальных правовых системах и в цивилизованном секторе мирового правопорядка выступает принцип приоритета и защиты прав и свобод человека. По его мнению, конвергенция такого рода может быть рассмотрена как общая закономерность, проявляющаяся в различной сте-

¹ См., например: Яковлев В.Ф., Талапина Э.В. Роль публичного и частного права в регулировании экономики // Журнал российского права. 2012. № 2. С. 7 и сл.; Беликова К.М. Принцип свободы договора: использование его предприятиями-монополистами и ограничение нормами антимонопольного законодательства // Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. М., 2010. С. 294–330; Она же. Тенденция к унификации частноправового регулирования и трактовка торгового права как «права предприятия» в контексте «рекодификации» в ходе проведения полной реформы (на примере Проекта гражданского кодекса Аргентины 1998 г., ГК Парагвая 1987 г. и ГК Бразилии 2002 г.) // Там же. С. 111–133; Она же. Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединений в праве стран МЕРКОСУР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2009. Вып. 2 (№ 17). С. 47–55 и др.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: часть теоретическая. Философия права. Т. 1. Вып. 1–4. М., 1910. С. 530, 531.

³ См. там же. С. 516.

⁴ См. там же. С. 558–567.

⁵ Там же. С. 567.

пени и в специфических формах на всех цивилизационных витках спиралевидного развития права¹. В настоящее время и другие исследователи изучают проблему конвергенции, обсуждая ее возможность².

Ярким примером конвергенции публичного и частного права является опыт латиноамериканских стран, в праве которых эта проблема разрешается на основе внедрения в законодательство солидаристского императива (*socialidade*). Главной особенностью гражданских кодексов этих стран начало XX в. стало то, что в них концепция либерального индивидуализма, характерная для предыдущих кодексов, впервые в заметной степени была вытеснена идеями *социальной функции собственности* и *солидарности* с позиции дополнения частноправового начала публично-правовым³. В результате внесения изменений в старые (Аргентина, Чили и др.) и разработки новых (Бразилия, Мексика и др.) ГК абсолютный характер правомочий собственника в них стал лимитироваться ограничениями; исключительный характер — сервитутами; непрерывный характер — экспроприацией⁴.

Эта идея продолжена и в последующих изменениях частноправовых кодексов. Например, ГК Бразилии 2002 г.⁵ распространил *принципы добросовестности и солидаризма* на договорные отношения, а также подтвердил приверженность солидаристских представлений применительно к отношениям по поводу собственности и владению. Так, в русле следования общепринятому в настоящее время подходу к упразднению различий правовых последствий, вытекающих из характера владения — добросовестного и недобросовестного — ГК Бразилии 2002 г., исходя из *социальной природы владения вещью*, сократил срок приобретательной давности с 15 до 10 лет (ст. 1238); признал достаточным непрерывный пятилетний срок владения земельным участком для приобретения права собственности на него в сельской местности — размером более 50 га (ст. 1239), в городе — размером 250 кв. м (ст. 1240), если лицо не является к этому моменту собственником иной недвижимости. Принцип солидаризма проявляется также в положениях ст. 1242, согласно которым право собственности на недвижимое имущество приобретает лицо, которое в течение 10 лет владеет им в беспорядке, непрерывно и добросовестно⁶.

¹ См., например: Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011; Он же. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5 и др.

² См.: Ананьев А.В., Крылова Е.Б. Публичный элемент в гражданском праве: к проблеме теории конвергенции // Актуальные проблемы российского законодательства: сб. ст. М.; Калининград. 2010. № 2 (6). С. 86—97; Михайленко О.В. Публичные юридические лица в частном праве и частные юридические лица в публичном праве // Журнал российского права. 2011. № 3. С. 109—117; Морозов С.Ю. К вопросу о конвергенции частных и публичных организационных правоотношений // Актуальные проблемы частного и публичного права в свете теории конвергенции: сб. науч. ст. М., 2012. С. 157—167.

³ Этот вопрос все чаще встает в российской теории и практике (см., например: Новое в гражданском законодательстве: баланс публичных и частных интересов: материалы для VII Ежегод. науч. чтений памяти профессора С.Н. Братуся / отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2012).

⁴ Аналогичные предписания содержались в ГК Мексики 1928 г., Боливии 1975 г., содержатся в настоящее время в ГК Перу 1984 г. и др.

⁵ Código civil do República Brasil (2002). (Novo Código Civil) Lei n 10.406, de 10.1.2002. Lei Ordinária // DOFC PUB 11/01/2002, 000001, 1, Diário Oficial da União (URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm).

⁶ Подробнее см.: Беликова К.М. Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах // Нравственные императивы в праве. 2011. № 3. С. 39—46.

В Европе абсолютный характер права собственности начал ограничиваться в 40-е годы XX в. с принятием современных конституций с целью «установления справедливых социальных отношений», «для общего блага», «с целью обеспечить ее социальную функцию и сделать доступной для всех», в случаях, «оправданных общественной пользой или социальными интересами», «по мотивам общественной пользы» и пр.¹ Так, например, в ст. 14 Основного закона Германии говорится: «Собственность обязывает. Пользование ею должно одновременно служить общему благу»².

Примером солидаристского императива в Латинской Америке может служить также провозглашение *социальной функции договора*. Согласно положениям ст. 421 ГК Бразилии 2002 г. свобода заключать договор осуществляется в пределах социальной функции договора. В этой связи применительно к договору присоединения ст. 423 гласит: «в случае, когда в договоре присоединения содержатся противоречивые или двусмысленные условия, их надлежит толковать наиболее благоприятным для присоединяющейся стороны образом»³. Так же как в свое время было объективно обусловлено нормативное закрепление идеи социальной функции собственности, удовлетворению объективной потребности в защите более слабой стороны правоотношения содействует соответствующая ориентация императивных норм законодательства⁴. В отличие от латиноамериканского пути провозглашения социальной функции договора, в ЕС концепция конвергенции публичного права в частноправовые положения осуществляется через призму введения в правовые конструкции договорного права понятия «несправедливости» применительно к условиям заключения и форме договоров⁵.

Приведенные небольшие примеры позволяют, на наш взгляд, показать, что вектор развития современных гражданских кодификаций ориентируется на все большую социализацию гражданского права путем: во-первых, внедрения императива, нацеленного на защиту слабой стороны договора, призванного дополнить принцип автономии воли; во-вторых, дальнейшей последовательной реализации императива, подтверждающего социальную природу собственности и владения путем ограничения интересов собственника имущества в пользу интересов общества.

При этом важным является вопрос о соблюдении баланса публичных и частных интересов в приведенных нормах гражданского законодательства, которые призваны в целом способствовать достижению общего блага путем ограничения публично-правовыми предписаниями границ установленного и дозволенного предписа-

¹ См.: Подгаевский А.О. О социальной функции собственности в зарубежных странах // Международное публичное и частное право. 2011. № 11. С. 41–43.

² Там же. С. 340.

³ Подробнее о социальной функции договора в ГК Бразилии 2002 г. см.: *Moreno Talavera G.* A Função Social do Contrato no Novo Código Civil // Revista do Conselho da Justiça Federal, n. 19, 2002 (URL: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/fsocial.pdf); *Reale M.* Função Social do Contrato, 2003 (URL: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>).

⁴ Аналогичные предписания содержатся в Проекте ГК Аргентины 1998 г. (подробнее см.: *Беликова К.М.* Кодификация в странах Латинской Америки: тенденция к унификации частноправового регулирования (на примере проекта гражданского кодекса Аргентины 1998 г.) // Современное право. 2012. № 9. С. 144–150).

⁵ См.: *Беликова К.М.* Потребители в Европейском Союзе: некоторые аспекты защиты прав в контексте социализации права // Право и экономика. 2012. № 6. С. 10–17.

ниями частноправовыми. В этой системе конвергенция выступает одним из методов (механизмов) достижения такого баланса.

О.М. Беляева,

к.ю.н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Принципы справедливости и законности в вопросах применения и толкования права с позиций учения Г.Ф. Шершеневича

Теоретико-методологической базой учения Г.Ф. Шершеневича явились позитивизм (в юриспруденции), а также идеи социал-дарвинизма, экономического материализма и различных психологических школ права (в социологии).

В известной работе «Общая теория права» (1910–1912) Г.Ф. Шершеневич высказался против расширительного толкования права, а также сформулировал важнейшие принципы формально-догматического понимания права.

Понятие права Г.Ф. Шершеневич интерпретировал позитивистски: под ним он понимал только действующее законодательство. Право, утверждал мыслитель, — это норма должного поведения человека, неисполнение которой влечет за собой принуждение со стороны государственных органов. Акцент на формально-юридические характеристики права позволял избежать его расширительного толкования, показать его действенность. Чаще всего право смешивают с моралью, поскольку, по мнению Г.Ф. Шершеневича, современное правоведение «тоскует по идеалу»¹.

Ученого тревожило чрезмерно расширительное толкование права, а именно распространение названия «право» на другие отношения, которые не подпадают под действие права или подпадают только отчасти: «Расширение права, производится главным образом за счет нравственности. Право часто предписывает себе то, что на самом деле создается и поддерживается моралью, не так заметно для глаза, но зато гораздо прочнее»². Поэтому философия права должна четко отграничивать правовое от неправового.

Понятие права Г.Ф. Шершеневич строго отграничивал от понятия нравственности. Шершеневич замечал, что нравственность — это явление социальное, результат сложившихся общественных отношений. Вместе с тем и право есть явление общественное, и уяснение сущности права невозможно без всестороннего анализа права в других областях, помимо юриспруденции. Однако это не должно стать делом юристов.

Любой «дуализм права», т.е. противопоставление действующему праву «идеального права», Г.Ф. Шершеневич последовательно отвергал. Понятие естественного

¹ Рубаник С.А. История политических и правовых учений: академический курс. М., 2012. С. 463.

² Рассолов М.М. История политических и правовых учений. М., 2010. С. 344.

права, замечал мыслитель, на всей истории имело самые разные толкования. Особо жесткой критике Г.Ф. Шершеневич подвергал возникшую в те годы концепцию естественного права с изменяющимся содержанием. Он считал, что эта концепция не только научно несостоятельна, но и социально вредна, поскольку стремится подменить действующее право меняющимся идеалом. Г.Ф. Шершеневич доказывал опасность дуализма — «исторически сложившегося права и умопостигаемого». Противопоставление действующего права и права «идеального» ведет, по его мнению, к удвоению правового порядка, смешению права с другими социальными нормами¹.

Граница между правом и произволом заключается в том, что «право есть правило поведения и должно быть соблюдаемо самой властью, его устанавливающей». Если же государственная власть, установившая правило, не считает нужным его соблюдать, а действует в каждом конкретном случае по своему усмотрению, то право сменяется произволом. В отличие от шайки разбойников государство проявляет свою волю в нормах, которые оно соблюдает, пока они не заменены новыми. Кроме того, различие между государством и шайкой разбойников заключается в том, что последняя пользуется силой для разрушительных целей, а государство обращает свою силу для поддержания правопорядка в обществе. Хотя, подчеркивает мыслитель, само государство нередко возникает из произвола, а также способно снова сменить право на произвол.

«Нельзя допустить, чтобы норма, выработанная и объявленная в законном порядке, могла быть не применяема или извращаема в своем смысле теми судьями или администраторами, которые не сочувствовали ее появлению или не сочувствуют ее сохранению, или к тем гражданам, которые возражали против ее введения (*dura lex, sed lex*)»².

Применение норм права по точному их смыслу, невзирая на результаты применения в тех или иных конкретных случаях, есть тот принцип законности, который составляет необходимое условие правового порядка. Существует, однако, другая точка зрения. Норма права может быть применяема в точном ее значении лишь до тех пор, пока она не приводит к результатам, оскорбляющим чувство справедливости. Очевидно, писал Г.Ф. Шершеневич, что указанные два принципа находятся в резком противоречии.

За последнюю четверть века, с рождением во Франции и Германии так называемой «школы свободного права», соотношение между указанными принципами стало заметно изменяться в сторону, благоприятную для принципа справедливости. Прежний взгляд на роль судьи стал подвергаться критике и даже глумлению. Задача применяющего нормы права уже не сводится к точному согласованию решений, мер, действий с содержанием велений законодателя. «Судебное решение, — говорит Демог, — не должно быть простым логичным заключением, оно должно быть вдохновлено идеей целесообразности. Судья не только устанавливает, он совершает акты добра, принимая меры к его обеспечению, он осуществляет судебное управление»³.

¹ См.: История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста, В.А. Томсинова. М., 2009. С. 485.

² Теория государства и права: хрестоматия: в 2 т. / авт.-сост. В.В. Лазарев, С.В. Липень. Т. 2. М., 2001. С. 319.

³ История государственно-правовых учений: хрестоматия / авт.-сост. С.В. Липень; под ред. В.В. Лазарева. М., 2006. С. 523

«Главное дело скорее вот в чем, — рассуждал Колер, — из возможных изъяснений закона надо выбирать то, при котором закон получает самое разумное, самое спасительное значение и может оказать самое благотворительное действие. В оправдании такое положение едва ли нуждается; ведь, само собой разумеется, что правовой быт выиграет более всего, если законы разумны и целесообразны, и задачи юриспруденции в том и должны заключаться, чтобы служить правовой жизни всем разумом права»¹. С этой точки зрения судья представляется честным маклером между законом и жизнью, который может и должен искать лазейки, через которые можно было бы провести право для его торжества над законом².

Распространение и укрепление принципа справедливости представляют собой большие опасности, как для той роли, какую призвано играть право в общественной жизни, так и для многочисленных интересов, связанных с правовой защитой.

Правовой порядок несовместим с системой приспособления норм права к конкретным случаям их применения. Твердость правового порядка требует, чтобы гражданин зависел от законов, а не от лиц, их применяющих. Личное достоинство человека страдает, когда ему нужно приспособляться к воззрениям и чувствам судьи или администратора. Легче зависеть от бездушной нормы, чем от душевного человека. Между тем такое положение создается именно тогда, когда суд или администрация считают допустимым не держаться точного смысла закона, а принимать в соображение конкретные условия его применения.

Начало справедливости и целесообразности открывает широкий простор посторонним влияниям и воздействиям на суд и администрацию. Если, применяя норму, можно отклониться от точного ее смысла под личными симпатиями, то можно и уступить давлению со стороны. Судью можно просить, к сердцу судьи можно найти доступ через близких ему лиц и убедить в таких обстоятельствах дела, которые на заседании суда не предстанут. Администратор будет удовлетворять обращения к нему ходатайства не потому, что так следует по точному смыслу закона, а потому, что за просителя просили другие, которым он доверяет или которым нельзя отказать ввиду их положения и связей. Отсюда уже шаг к тому, что суд и администрация станут решать дела и применять меры не на основании закона, а по указанию власти, стоящей над ними. Времена, когда суд и администрация считают возможным не руководствоваться точным смыслом закона, нередко совпадают с историческими моментами глубокой деморализации власти, когда правосудие и управление обращаются в орудие наиболее целесообразной борьбы за общественный строй, который не в состоянии уже держаться даже на почве установленных при нем законов.

Если законы должны быть исполняемы в точности лишь до тех пор, пока они не приводят к нецелесообразным результатам, то, спрашивается, зачем вообще издавать законы? Если решение судьи не должно противоречить его чувству справедливости, то законы, согласные с этим чувством, — излишни, а несогласные — бесполезны. Не проще ли предоставить суду и администрации решать каждое дело по справедливости, по совести?

¹ История государственно-правовых учений: хрестоматия / авт.-сост. С.В. Липень; под ред. В.В. Лазарева. М., 2006. С. 523

² Там же.

Справедливость, заключает Габриэль Феликсович¹, должна лежать в основании законодательной, а не судебной и административной деятельности. Административные меры должны быть целесообразны, но всегда основаны на точном смысле закона, а не на применении его по целесообразности. О соответствии закона справедливости нужно думать тогда, когда закон изготавливается, а не тогда, когда он применяется.

В.В. Бессонова,

К.Ю.Н.,

доцент кафедры государственного и муниципального права,
Забайкальский государственный университет (г. Чита)

Кратко о государстве, праве, гражданском обществе: теоретический взгляд Г.Ф. Шершеневича

Периодическое возвращение к многогранному творчеству Г.Ф. Шершеневича обусловлено тем, что изучение его государственно-правовых взглядов представляет большой научный интерес, — он является примером энциклопедически образованного ученого, блестящего юриста и педагога, обладавшего высоким уровнем правовой культуры.

В конце XIX — начале XX в. Г.Ф. Шершеневич занялся исследованием вопроса правовой политики с либерально-демократических позиций. Его единомышленниками были представители социологической теории права С.А. Муромцев и Л.И. Петражицкий. Профессор Г.Ф. Шершеневич как представитель юридического позитивизма и узконормативного правопонимания по существу рассматривал правовое государство как государство законности при либеральной ориентации законодательства².

Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал следующие пути формирования и основные параметры правового государства: 1) для устранения произвола необходимо установление норм объективного права, которые определяют пределы свободы каждого и отграничивают одни интересы от других, в том числе и государственной организации, — отсюда идея господства права в управлении; 2) если личная инициатива требует простора, то государству достаточно ограничиться охраной субъективных прав; 3) чтобы новый порядок не нарушался самими органами власти, необходимо строго определить полномочия последних, отделив от исполнительной власти законодательную, утвердив самостоятельность судебной.

Согласно взглядам профессора теория правового государства не имеет ни практического значения, ни теоретического обоснования, так как источником права является государство, а значит, первичным явлением, как исторически, так и ло-

¹ История государственно-правовых учений: хрестоматия / авт.-сост. С.В. Липень; под ред. В.В. Лазарева. М., 2006. С. 525.

² См.: *Ударцев С.Ф.* Правовое государство: смысловые грани доктрины (из истории философии права) // <http://www.yurclub.ru/docs/theory/article13.html>

гически, выступает государство, право же — вторично. Теоретиков иных взглядов, развивающих идею правовой связанности государства созданным им правом (Г. Еллинек, Л. Дюги, Р. Штаммлер), Г.Ф. Шершеневич критиковал. «Дело не в том, чтобы связать государство правовыми нитками, подобно тому, как липуты связывали Гулливера. Вопрос в том, как организовать власть так, чтобы конфликт между правом, исходящим от властвующих, и нравственными убеждениями подвластных, был сведен до минимума». По мнению автора, в этом и состоит предназначение гражданского общества — уравнивать интересы двух сил: властвующих и подвластных. Иначе, в отсутствие внутреннего (самоограничение, необходимость соблюдать правила, установленные самой государственной властью, легитимность которой подтверждается народом) и внешнего ограничения (возможность противодействия членов гражданского общества), право становится произволом.

Согласно Г.Ф. Шершеневичу граница между правом и произволом заключается в том, что право есть правило поведения и должно соблюдаться самой властью, его устанавливающей. В случае, когда право не соблюдается в каждом конкретном случае, оно сменяется произволом и государство становится похожим на шайку разбойников. Однако цель использования своей власти у государства и шайки разбойников различная: государство применяет силу, руководствуясь созидательным началом, а разбойники — для разрушительных целей.

При этом лишь два обстоятельства фактически ограничивают государственную власть: нравственное состояние и благоразумие властвующих, с одной стороны, возможность противодействия подданных — с другой. Однако устанавливает государство право, исходя из принципа общепольности. Тем самым Г.Ф. Шершеневич признавал социальную направленность государства, утверждая, что государство само заинтересовано в благосостоянии своих граждан, так как от этого зависит стабильность государственной власти, поэтому оно «спешит содействовать экономической деятельности частных хозяйств организаций кредита, страхования, улучшением путей сообщения, отысканием новых рынков...». Вместе с тем государство «стремится развить в гражданах свободную инициативу», которая предполагает чувство свободы, законность и доверие к общественным и государственным силам.

От благоприятной общественной среды зависит и состояние гражданского общества, которому присуще чувство законности, где царствует «постоянное и последовательное применение законов, уважение к ним, как со стороны имеющих власть, так и со стороны подчиненных им»¹. Прививает чувство законности именно гражданское общество: его основу составляет «нравственное состояние» граждан, которые соблюдают законы в силу усвоенной привычки следовать законным предписаниям, а не потому, что боится невыгодных последствий, которыми угрожает закон².

Учитывая приведенное основополагающее качество гражданского общества, можно сделать вывод, что Г.Ф. Шершеневич говорит о незрелом гражданском обществе в России, о том, что ему трудно прижиться в этой стране. В своих

¹ Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности. Казань, 1898. С. 10.

² См. там же. С. 8.

трудах он подчеркивает, что «в России для чувства законности почва особенно мало благоприятна. Степень любви и привязанности народа к своему праву определяется усилиями и борьбой, затраченной на приобретение этого права. Русский же не участвовал в выработке гражданско-правового порядка, не положил на него ни труда, ни крови, и потому нормы, поддерживающие этот порядок, сложившийся исключительно действиями правительства, ничего не говорят его сердцу»¹.

Тем самым Г.Ф. Шершеневич определил еще одно качество гражданского общества – это его активность, участие в делах государственных, в процедурах выборности органов государственной власти, в формировании гражданского порядка в государстве. Только в таких условиях возможно созревание и развитие законности, что в понимании ученого означало прежде всего нравственность граждан.

Состояние законности, общепользности имеет и обратную связь, поэтому, считал Г.Ф. Шершеневич, является безусловно необходимым исследование тех явлений и отношений, которые влияют на содержание правовых норм и на их применение к правовым отношениям. Политика государства должна быть достаточно гибкой, чтобы умело приспосабливаться к новым общественным условиям. Г.Ф. Шершеневич писал: «прогрессивность государства обнаруживается именно в том, что оно сумело раньше уловить требования времени и приспособиться к ним, вызывая в других, по необходимости, подражание».

Г.Ф. Шершеневич писал, что государство и общество оказывают взаимное влияние друг на друга. В пределах территории государства существуют многочисленные и разнообразные общественные интересы: национальные, профессиональные, религиозные и другие, которые могут объединять людей совсем независимо от государственного интереса и его политики. Общество может одобрять, поддерживать, относиться сочувственно к политическому режиму своего государства, но может и воздействовать на политику государства через общественное мнение, выборы, референдум, отказ от уплаты налогов, восстания.

Известно, что сам великий ученый был активным участником политической жизни, много сил он отдавал служению на общественном поприще².

Разработанная им теория права и государства на основе формально-догматического метода имеет большое значение и в настоящее время. А.Х. Гольмстен писал: «Мы берем известные явления, производим над ними дифференцирование и интегрирование, а делая это, мы не только находим общие свойства и соотношения, но и систематизируем»³. Доставшиеся в наследие труды Г.Ф. Шершеневича подтверждают данное высказывание.

¹ Шершеневич Г.Ф. Применение норм права // Журнал Министерства юстиции. 1903. № 1. С. 41.

² Так, Казанское юридическое общество, сыгравшее просветительскую роль в деле распространения и укрепления в обществе правовых воззрений по всему Поволжью, многим обязано Г.Ф. Шершеневичу, как председателю, так и активному участнику и члену (см. Протоколы Казанского юридического общества за 1899–1904 гг.) (Краснокутский В. Габриэль Феликсович Шершеневич // Отчет Императорского Московского университета. М., 1913. С. 4–22).

³ Пяткина С.А. О правовой теории юридического позитивизма // Правоведение. 1964. № 4.

Хашматулла Бехруз,
д.ю.н., профессор кафедры права
Европейского Союза и сравнительного правоведения,
Национальный университет «Одесская юридическая академия»)
(Украина)

Основные направления исследований сравнительного правоведения в контексте происходящих глобализационных процессов

Правоведение, как одно из составляющих гуманитарной науки, в последнее время пребывает в состоянии трансформации, проявляющейся в том числе в формировании новых научных направлений. В частности, это относится к таким исследовательским направлениям и юридическим дисциплинам, как философия права, антропология права, правовая герменевтика, юридическая психология, каноническое право, сравнительное правоведение и др.

Вся история становления и развития сравнительного правоведения — это постоянный поиск новых направлений исследований, поскольку сравнительное правоведение, как динамичное научное направление, находится на острие вызовов, отражающих соответствующее состояние общественного развития, требующего адекватного научного осмысления.

Сравнительное правоведение исследует главным образом комплекс правовых явлений как органическое целое, геоправовое пространство, что свидетельствует о доминировании тенденции сравнения комплексов правовых явлений, т.е. не фрагментарное, а системное сравнение — макросравнение, в которое неизбежно включаются политологические, культурологические, психологические аспекты функционирования права и правовой системы в объективно существующем национальном и наднациональном уровнях. Очевидным является необходимость и важность взаимодействия между правом, историей, философией, культурой, религией и другими гуманитарными научными направлениями. Именно так можно перевести на современный научный язык требование глубокого понимания и учета особенностей правовой реальности. Таким образом, наиболее важной частью содержания исследований сравнительного правоведения являются знания, имеющие функциональную природу, выходящие за рамки национальных правовых систем и имеющие универсальную теоретическую и практическую ценность.

С позиций цивилизационного подхода важным направлением исследований сравнительного правоведения выступает именно изучение множественности правовых реальностей, отражающих многообразие правовых явлений. Многообразие существующих правовых систем и правовых культур основывается на разных правовых ценностях ранее существовавших и существующих в настоящее время культур и цивилизаций.

Изучение основных правовых систем на основе систематического применения методологического инструментария сравнительно-правовых исследований также

выступает в качестве одного из направлений исследований в рамках сравнительного правоведения. Широкое применение богатого потенциала сравнительно-правового метода при изучении основных правовых систем позволяет выйти на новый уровень накопления и систематизации его результатов, что является важным направлением исследований сравнительного правоведения.

Специфика исследований сравнительного правоведения также определяется с точки зрения профессиональной деятельности юристов, исходящей из того, что любая юридическая наука обслуживает определенную сферу юридической деятельности. Современный юрист в контексте транснациональных отношений обязан быть вооруженным методикой работы с правовыми реалиями, имеющими разное происхождение, знаниями не только различных правовых норм, но также религиозного, социокультурного контекста, формирующих правовой менталитет и правосознание носителя определенной культуры.

Как справедливо отмечает А.В. Кресин, в современном мире сравнительное правоведение является также научным измерением диалога и взаимодействия правовых систем, культур, цивилизаций, без преувеличения — инструментом формирования более справедливого мира, устранения и недопущения конфликтов, препонов в понимании и общении между народами, распространения новаций и обмена опытом, интенсификации международных экономических, политических, культурных связей. В некотором смысле это не только наука, но и идеология, призванная служить развитию культуры мира, взаимопонимания и уважения между людьми и государствами¹.

Сравнительное правоведение выступает в качестве площадки для взаимопроникновения и взаимопонимания различных правовых культур. Главное в снижении напряженности и конфликтности культур вообще и правовых культур в частности заключается в понимании и принятии инаковости, которые предполагают признание существования различных критериев оценки разнообразных факторов общественной жизни, восприятие различного образа жизни и признание права на существование различных философских и идеологических основ и моделей социального развития. Сравнительное правоведение в глобализирующемся мире может стать платформой для интеллектуального обмена, способного культивировать многообразие правовых культур и правовых систем, использование потенциала которых способно обеспечить поступательное развитие общества.

Происходящие интеграционные процессы предполагают гармонизацию законодательства не только в рамках одного типа правовых систем (на микроуровне), но и в рамках различных правовых систем (на макроуровне).

Функциональное назначение сравнительного правоведения проявляется в трех направлениях: практическом, или профессиональном, социологическом и культурном. Практическая значимость сравнительного правоведения все ярче проявляется в условиях интернационализации экономики, информации, что обуславливает формирование региональных и отчасти универсальных правовых пространств.

¹ См.: Кресин А.В. Приветствие участникам Дней сравнительного правоведения // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ, 2009. С. 18.

Потенциал сравнительного правоведения, проявляющийся в широчайших возможностях использования теории, методологии и особенно результатов сравнительно-правовых исследований в юридической практике, в частности в сфере правотворчества и правоприменения, поистине неисчерпаем.

Восприятие сравнительного правоведения как многогранного явления в последние годы стало господствующим. Все большее число ученых признают его самостоятельной комплексной юридической наукой¹.

Кроме того, важной особенностью современного этапа развития сравнительного правоведения является его глобализация, повсеместная институционализация. Это проявляется, в частности, в том, что именно на современном этапе в ряде стран создаются ассоциации или общества по изучению проблем сравнительного правоведения, открываются новые специализированные кафедры и институты. В университетских учебных планах и программах предлагаются многочисленные спецкурсы по сравнительному правоведению. Во многих странах выпускаются специализированные периодические издания. Регулярно проводятся международные конгрессы, конференции и симпозиумы по сравнительному правоведению.

Представляется, что при разработке новых концепций, определяющих современное состояние и пути трансформации права и правовых систем в эпоху глобализации, важное методологическое значение имеют идеи, высказанные П.М. Рабиновичем о необходимости четкого разграничения видов существования сущности права: 1) общей теории права определенного государства; 2) общей теории права какого-либо государства; 3) общей теории международного права; 4) всеобщей теории права, положения которой распространяются как на любое национальное (внутригосударственное) право, так и на право международное. Универсальная теория права выступает концептуально-методологическим фундаментом теории национального и теории наднационального (международного, межгосударственного) права².

Сравнительное правоведение способствует формированию правовой теории путем создания категорий и понятий общего применения. Оно также дает ответ о целесообразности или нецелесообразности правовой трансплантации, т.е. пересадки права и правовых институтов из одной системы в другую.

Современное профессиональное правовое мышление предполагает выход за рамки национального права и учет правовых принципов и правовых положений наднациональных правовых массивов. Правоприменитель в современных условиях обязан продемонстрировать не только блестящие знания и умение работать с национальной правовой базой, но также с принципами и нормами, содержащимися в международных универсальных и региональных правовых актах. Представляется, что именно сравнительное правоведение способно, наряду с другими научными юридическими направлениями, обеспечить формирование такого уровня профессионального мышления.

¹ См.: *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 85.

² См.: *Рабинович П.М.* Чи можлива універсальна теорія права як спільна концептуальна основа теорій національного і міжнародного права? (запрошення до дискусії) // *Філософія права і загальна теорія права.* 2012. № 2. С. 246, 247.

М.В. Воронин,

ассистент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Идеи Г.Ф. Шершеневича в контексте учений о связях права с общественными отношениями

«В разное время и у разных народов правом признается не одно и то же, даже прямо противоположное. Отсюда ясно, что не существует естественного права, которое бы не подвергалось изменчивости и которое бы не зависело от условий времени и места. В это право верили некогда, в XVIII веке, но наблюдение и история показали, что это просто самообман»¹. Так писал Г.Ф. Шершеневич, комментируя изменчивость права, его динамику. Безусловно, сегодня трактовка понимания упомянутого в цитате «естественного права» претерпела эволюцию. С нашей точки зрения, в контексте приведенной выдержки наиболее точным на сегодняшний день явилось бы такое понятие как «объективное право конкретной правовой системы в определенный промежуток времени», а не «естественное право».

Вышеуказанное вовсе не ставит под сомнение логику изложения вопроса об «изменении права», предложенную Г.Ф. Шершеневичем, а, наоборот, раскрывает вневременную актуальность идей, заложенных в его учении.

Идеи Г.Ф. Шершеневича напрямую свидетельствуют о понимании роли связей права как особого социального регулятора с общественными отношениями.

На современном этапе возрастает значение системно связанных общественных отношений в процессе системообразования права, их роль при формировании правовой политики государства усиливается. Это тесно связано и с государственно-волевым характером права, который показывает как прямое, так и обратное воздействие права на общественные отношения.

Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «границы произвола государственной власти даны самими условиями общественной жизни»². Среди этих границ он называл две: 1) мировоззренческую ограниченность субъектов власти, заданную «духом времени»; 2) мировоззренческую неподготовленность тех, чье поведение эта власть стремится урегулировать (степень готовности населения подчиняться власти). Эти ограничения вполне увязываются с современными представлениями о пределах действия государственной власти. Но все же стоит отметить то, что «условия общественной жизни» — категория достаточно емкая и вбирает не только мировоззренческие представления субъектов. Здесь особое значение приобретает сама социальная действительность, объективная по отношению к мировоззренческим установкам, которые являются неотъемлемыми составляющими в структуре направленности личности. Прежде всего объективность социальной действительности связана с независимостью отдельных общественных процессов от воли и желания конкретных людей, классов. Эта объективность наиболее наглядно проявляется в связях общественных отношений. Общественные отношения в их

¹ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. М., 1908. С. 69.

² Там же. С. 41.

взаимодействии — это одно из главных оснований системности права. Являясь основанием системности права, общественные отношения приобретают по отношению к праву как системе социальных норм первичный характер. Поэтому вполне уместно говорить о праве и государстве как о системах вторичного порядка по отношению к обществу.

Именно на базе отдельно взятого общества возникает государственная организация, управляемая публично-правовыми механизмами. Эти механизмы находятся в единстве с правом. В трудах Г.Ф. Шершеневича данный вопрос раскрывается посредством описания правового ореола государственной власти¹. При этом автор показывает и проблемные моменты реализации права при осуществлении государственной власти.

Применительно к разговору о связях общественных отношений и права важно понимание следующей ключевой идеи, проводимой еще Г.Ф. Шершеневичем в своих работах: «Как бы ни была организована государственная власть, — находится ли она полностью в руках одного монарха, или же она в руках многочисленного республиканского парламента, — все же властвующие по своей физической силе представляют прямо ничтожную величину по сравнению с огромной силой всех подвластных»².

Как было указано выше, общественные отношения в конечном счете задают правовое развитие и системность права, т.е. то важное свойство, которое способно образовывать социальные системы.

Для уяснения этой проблемы полезно обратиться к пониманию самих общественных связей. Современная их трактовка опирается преимущественно на такие категории, как усложнение социальной реальности, интеграционное взаимодействие, институционализация, специализация социального регулирования. Это вполне оправдано в условиях высокого темпа изменений, происходящих в обществе.

Но здесь с гносеологической точки зрения менее ярко выглядит сама сущность социального взаимодействия, ее значимость для уяснения социальных связей. Именно на это взаимодействие между субъектами общества, взаимодействие, которое впоследствии будет оказывать прямое воздействие на систему права, его содержание, обращал внимание Г.Ф. Шершеневич. При характеристике общества он исходил из формирования с ходом истории объективной необходимости «совместного общежития».

При этом социальные связи Г.Ф. Шершеневич во многом определял исходя из группового (социального) интереса. «Когда у целой группы людей возникает сознание, что их потребности могут быть удовлетворены лучше всего соединенными силами, то у них создается общественный интерес, — интерес общения. Общество и есть совокупность людей, объединенных сознанием, что известные потребности, общие им всем, могут быть удовлетворены наилучшим образом только их совместными силами»³.

¹ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. С. 39: «Государственная власть одевается покровом права: она действует по праву, в пределах права, для торжества права. Кто признает значение права, его неизбежность для общежития, не может без нарушения права сопротивляться власти. В ком сильно чувство законности, — не пойдет против установленной власти».

² Там же. С. 35.

³ Там же. С. 12.

Современная теория социальных оснований права уделяет определенное внимание роли институционализации общественных отношений в процессе дифференциации правового регулирования¹. Здесь прослеживается тесная связь социальной и правовой материй, их условное уровневое деление и органическое взаимодействие. Основа этого взаимодействия — групповой интерес к определенному роду потребностей.

Учет такого интереса позволяет скорректировать направление развития права, дать комплексную оценку общественным процессам, раскрыть механизмы интегрирования социальных систем разных уровней и качеств. Именно выражение группового интереса во многом определяет структуру подсистем общества в конкретный временной период, и, при объективном правовом опосредовании, напрямую влияет на структурные связи права и общественных отношений.

Рассматривать указанные выше вопросы необходимо в контексте знаний о государственной власти, о правовой политике, принципах права и других основаниях системности права. Такая необходимость объясняется тем, что основания системности права представляют собой многосложную, но единую платформу для права. И именно в своем единстве они выступают условиями функционирования и действия права. Специфика взаимодействия оснований системности права определяет особенности связей права с общественными отношениями.

Уяснение оснований системности права дает возможность рассматривать механизмы прямой и обратной связи права и общественных отношений, т.е. воздействие общественных отношений на право и права на общественные отношения. Подобное рассмотрение, с учетом комплексных знаний об основаниях системности права, позволяет учитывать и государственную волю, и социальный интерес, о которых, как было указано выше, упоминается в трудах Г.Ф. Шершеневича. Развитие данных идей в современной юридической науке, как следствие отражения правовой действительности, позволяет говорить о принципах права, как компонентах правовой системы общества, в которой нашли выражение связи общественных отношений, опосредованных государством. Принципы права — это особое юридическое основание системности права, обладающее мощными свойствами интеграции и дифференциации в правовой действительности.

Стабильность внутрисистемных связей права во многом зависит от его взаимосвязей с общественными отношениями, т.е. с внешней, первичной по отношению к праву средой. Но важно и следующее. Устойчивость и целостность общества, среди прочих факторов, определяются эффективностью права, которую сложно представить без работающих механизмов правотворчества и правореализации, что невозможно вне эффективных связей права и общественных отношений.

Рассматриваемые в данной статье положения — это интерпретация лишь малой части значительного научного наследия Г.Ф. Шершеневича. Его идеи свидетельствуют о более чем вековой актуальности и насущности поднимаемых вопросов. Они обладают определенной долей универсальности применительно к любым конкретно-историческим условиям развития общества. Значимость его трудов по теории права несомненна. Они включаются в арсенал исследований, способствующих системному пониманию процессов, происходящих в об-

¹ См.: *Мальцев Г.В.* Социальные основания права. М., 2007. С. 15.

ществе, уяснению динамики политической и правовой жизни, познанию взаимодействия права и государства.

С.Г. Воронцов,

к.ю.н.,

ст. преподаватель кафедры предпринимательского права,
Пермский государственный национальный
исследовательский университет

Информационно-технические характеристики права как способ оценки эффективности правового регулирования

В теории права оценка эффективности правового воздействия чаще всего осуществляется через сопоставление целей, преследуемых законодателем, с теми результатами, которых удалось достичь в итоге¹. Этот подход является традиционным. Вместе с тем право можно представить и как особый вид массовой коммуникации, имеющий совершенно конкретные информационно-технические характеристики, что позволяет применить для оценки эффективности правового регулирования новые для юриспруденции, но хорошо известные для масс-медиа методики. К ним, в частности, относится модель Г. Лассуэлла, который, как известно, оценивал массовую коммуникацию, выделяя пять основных компонентов, отвечающих на вопросы: кто говорит, кому говорит, что сообщает, по какому каналу и с какой эффективностью².

Исследования, проведенные в Пермском государственном национальном исследовательском университете, позволили определить основные информационно-технические характеристики нормативно-правовой коммуникации между федеральным российским законодателем и жителями страны, из общего числа которых была выделена фокусная группа, состоящая из дееспособных граждан, имеющих жилье, семью, работу, уплачивающих налоги, желающих воздержаться от административных и уголовных правонарушений³.

Согласно Конституции РФ рассматриваемый вид массовой коммуникации осуществляется исключительно литерально, поэтому успех правового воздействия со стороны государства на выделенную группу во многом зависит от способности усвоения передаваемого текста, характеристик самого послания и емкости канала подачи информации.

¹ См., например: Самощенко И.С., Никитинский В.И., Венгеров А.Б. К методике изучения эффективности правовых норм // Советское государство и право. 1971. № 3; Шикин Е.П. Основные условия эффективности применения права: автореф. дис. ... к.ю.н. Свердловск, 1971; Зеленикин А.А. Проблемы эффективности российского законодательства: дис.... к.ю.н. Саратов, 2000; Жинкин А.С. Эффективность права: антропологическое и ценностное измерение: дис. ... д.ю.н. Краснодар, 2009.

² Braddock R. An Extension of the 'Lasswell Formula' // Journal of Communication. 1958. N 8. P. 88–93.

³ См. об этом подробнее: Воронцов С.Г. К вопросу о проблеме эффективности правового регулирования в современной России // Вестник Пермского ун-та. 2012. Вып. 3(17). С. 16–22.

Поскольку все члены избранной аудитории являются субъектами жилищных, семейных, трудовых... правоотношений, то для успешной реализации своих правомочий в этих областях им требуется знание соответствующих правовых источников. Каждая из интересующих отраслей (подотраслей) права в современной России имеет системообразующий кодифицированный акт. Следовательно, усвоение основных положений семи российских кодексов (Жилищного, Семейного, Трудового, Гражданского, Налогового, Уголовного и Кодекса об административных правонарушениях) условно можно принять за минимальный порог правовой грамотности членов фокусной группы, что обеспечивает удовлетворительное состояние социализации этих субъектов.

Приблизительная «оцифровка» этого минимального правового норматива (далее — МПН) дала следующие результаты. Ни один нормативный акт в современной России из перечня МПН не уменьшился в объеме по сравнению с советским периодом. Если сложить все эти источники, их совокупный объем достигнет 6728 кб, или около 2800 страниц печатного текста с соблюдением требований издательского стандарта. Аналогичный набор в СССР укладывался в 1078 кб, или в 449 страниц. Среднее количество страниц кодифицированного источника из перечня МПН выросло с 64 до 400. Таким образом, объем правовой информации для избранной фокусной аудитории в современной России вырос в шесть с лишним раз по сравнению с советским периодом.

Обычный житель России не в состоянии успешно усвоить такой объем информации, отправленной в его адрес государством. Ему не позволяет это сделать ни скорость чтения, ни то время, которое среднестатистический житель страны тратит на это занятие. В результате опроса студентов экономического и юридического факультетов ПГНИУ подсчитанная среднеспособная норма чтения, как оказалось, в большинстве случаев не превышает 32 страниц. Таким образом, для того чтобы только прочесть МПН с интенсивностью студента гуманитарного вуза, членам фокусной группы понадобится около трех месяцев. Временные затраты на советский аналог составили бы 14 дней.

Кроме того, за период с 1994 (год принятия первой части ГК РФ — самого раннего из нормативных актов, включенных в МПН) до 2013 г. в указанный правовой массив было внесено более 300 изменений. Получается, что в среднем в рассматриваемом периоде «обновления» случались каждые 20 дней. Таким образом, пока обычный житель страны пытается прочесть МПН со скоростью студента гуманитарного вуза, законы успевают измениться 4 раза. Зачем, спрашивается, этим вообще заниматься?

Уровень правовой грамотности населения находится в прямой зависимости от объема правовой информации, необходимой для усвоения. Современный же российский законодатель производит «продукцию», которую не только невозможно усвоить, но и просто прочесть. Объем правовой информации неоправданно велик, печатный канал подачи этой информации сузился по сравнению с советским периодом примерно в 35 раз. При этом актуальной она перестает быть еще до того, как фактически доходит до «потребителя». В таких условиях сформировать искомое правосознание не представляется возможным.

К слову сказать, коллапс российской правовой коммуникации иллюстрирует и судебная статистика. Число законченных гражданских дел, к примеру, толь-

ко с 2006 г. к текущему моменту выросло в разы и уже давно измеряется десятками миллионов. И это отнюдь не результат возросшей правовой грамотности, как считают некоторые, а совсем наоборот — показатель полного отсутствия таковой. Подобными темпами растут и расходы федерального бюджета на судебную систему.

Компьютер, интернет, сотовый телефон и другие современные средства связи сделали информацию доступной, ускорили процесс ее поиска и получения, но не изменили базовые, объективные и субъективные возможности человека. В сутках по-прежнему 24 часа, тот же объем мозга, «старая» скорость чтения и т.п. Кто в действительности должен являться основным «потребителем» и адресатом правовой информации? Оправдано ли стремление российского законодателя сформировать своеобразную касту юридических «жрецов»? Не логичнее ли принимать в расчет правило, согласно которому «пропускная способность дороги определяется самым узким ее местом»? Эти вопросы пока остаются без ответа.

Интересно также отметить, что, по сравнению с советскими законодателями, российские «слуги народа», оснащенные современными технологиями, имеют несопоставимые с предшественниками возможности по производству правовых текстов. Эти возможности усилены настолько, что неконтролируемая, бездумная их эксплуатация привела к тому, что Государственную Думу РФ уже окрестили эпитетом «бешеный принтер».

Как известно, депутаты Верховного Совета СССР, к примеру, собирались на заседания два раза в год и в основном трудились в избирательных округах «не порывая с производственной или служебной деятельностью» (ст. 104 Конституции СССР 1977 г.). Российский депутат, имея превосходящие возможности, делает ту же работу, но «на профессиональной постоянной основе» (ст. 97 Конституции РФ 1993 г.). В чем смысл такого подхода? Соответствует ли количество российских парламентариев, режим и напряженность их труда тому объему законотворческой работы, в выполнении которого реально нуждается страна? Вопрос звучит риторически.

Для реального улучшения работы российского механизма правового регулирования в первую очередь необходимо принимать в расчет базовые возможности «потребителей» правовой информации. И поэтому следует не только сократить общий объем нормативно-правовой базы в стране, но и в разы уменьшить скорость внесения изменений в действующие нормативы, вплоть до объявления моратория на изменение законодательства. Видится оправданным введение четких, в том числе и предельных, количественных показателей работы парламентариев (стандартов правотворчества), которые бы препятствовали необоснованному росту правовой информации в стране. Надо напомнить, что в отношении законотворчества аналогичные задачи решались в том числе и в древние времена. К примеру, Платон в одной из своих работ упоминает о том, что царь Минос менял законы для греческих государств не чаще одного раза в 9 лет¹. Почему российский законодатель делает аналогичный процесс непрерывным, остается загадкой.

Стоит отметить, что ко всему прочему российский законодатель не несет никакой ответственности за результаты своего труда. Если приходится тут же вносить изменения в недавно принятый закон, что происходит в России с пугающей частотой, значит, работа изначально была выполнена недобросовестно. Сегодня си-

¹ Платон. Законы. М., 1999. С. 71.

стема оплаты труда народных избранников не предусматривает ответственности за негодный результат. Почему? Она вполне может быть привязана, к примеру, как к количеству, так и к качеству принимаемых правовых актов.

Объем и режим рабочего времени российских законодателей также должны зависеть от характера, сложности, напряженности и других характеристик законотворческого процесса. Пока же эти обстоятельства никак не учтены. А значит, и повысить эффективность правового воздействия в России пока не представляется возможным.

Р.Б. Головкин,

д.ю.н., профессор,

зам. начальника по научной работе,

Владимирский юридический институт ФСИН России

Некоторые черты конвергенции частной и публичной жизни у лиц, осужденных к лишению свободы

Частная и публичная жизнь — это две части жизни человека в рамках общественной системы. В нормальном обществе и государстве в обычных условиях две эти составляющие отделены друг от друга. При этом публичная жизнь — это часть жизни человека, которая носит открытый характер и выражается в различных социальных взаимосвязях индивида (прежде всего с государством, государственными органами и должностными лицами) и их внешних проявлений. Частная жизнь — это часть жизни человека, которая обособлена от публичной жизни и имеет закрытый характер. Признание и защита неприкосновенности частной жизни — это обязанность государства, показатель степени его демократичности (ст. 23 Конституции РФ).

Вместе с тем при реализации государственного принуждения в отношении лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, неприкосновенность частной жизни, в силу государственной изоляции лица, ограничивается. Происходит конвергенция (сближение) частной жизни с публичной жизнью. Масштабность конвергенции может даже произвести впечатление о полном слиянии частной и публичной жизни осужденных к лишению свободы и номинализации естественно-го права на неприкосновенность частной жизни. На самом деле полного слияния между частной и публичной жизнью не происходит, сохраняется и право на неприкосновенность частной жизни, только в ограниченном виде. Эти ограничения производны от степени конвергенции частной и публичной жизни осужденных.

В целях установления степени конвергенции частной и публичной жизни осужденных к лишению свободы и установления объема права на неприкосновенность частной жизни в ноябре — декабре 2012 г. автором было проведено социологическое исследование.

Исследование проводилось в виде анкетирования сотрудников УИС, всего было проанкетировано 186 сотрудников уголовно-исполнительной системы, обучающихся на факультете заочного обучения Владимирского юридического института ФСИН России. В анкетах сотрудников учитывались сроки службы и образование.

В своем большинстве в опросе приняли участие сотрудники со средним специальным (74%) и средним неюридическим образованием (28%) образованием. Сроки службы распределились равномерно: до 5 лет — 24%, до 10 лет — 52%, до 15 лет — 13%, свыше 15 лет — 9%.

Анкеты состояли из 10 вопросов: два — личностно-биографического плана и восемь — относительно исследуемой проблемы. По теме исследования вопросы можно сгруппировать по трем направлениям: 1) направленные на выявление конвергенции частной и публичной жизни осужденных; 2) направленные на выявление объема сторон частной жизни в местах государственной изоляции; 3) связанные с реализацией права на неприкосновенность частной жизни в пенитенциарной системе. Гипотеза опроса предполагала, что право на неприкосновенность частной жизни — естественное право и поэтому частная жизнь должна реализовываться и в местах государственной изоляции. Частная жизнь в исправительных учреждениях подавляется массой публичной жизни осужденных, так как отсутствуют корректные нормы в специальном законодательстве; часто проявляется негативное отношение администрации ИУ к неприкосновенности частной жизни осужденных; высокий уровень урегулированности данной сферы отношений нормами преступного мира. Остановимся подробнее на вышеназванных направлениях исследования.

Право на неприкосновенность частной жизни должно реализовываться у заключенных и осужденных в местах государственной изоляции. Данной позиции придерживаются 37% сотрудников УИС, а 42% сотрудников придерживается позиции, согласно которой нахождение осужденного в исправительном учреждении исключает частную жизнь, вся она становится публичной вследствие того, что государство (в лице органов УИС) должно жестко контролировать жизнь осужденных к лишению свободы.

В качестве основных элементов частной жизни в пенитенциарной системе назывались следующие ее стороны. Свободу располагать собой (в известных пределах) назвали 42% сотрудников. Свобода мысли отмечена 98% сотрудников. Свободу совести и вероисповеданий в качестве стороны частной жизни в пенитенциарной системе назвали 85% сотрудников. Любовь и сексуальные отношения к частной жизни отнесли 100% сотрудников. Тайна корреспонденции отмечена 78% сотрудников. Свидания и общение отмечены 100% сотрудников. Иные стороны отметили 24% сотрудников. Большинство опрошенных (77% сотрудников) к информации о частной жизни отнесли информацию о самооценке, любви, дружбе, родителях, потреблении алкоголя, одиночестве.

В целом значительная часть респондентов отметили предусмотренные гипотезой элементы частной жизни в пенитенциарной системе. Отмеченные стороны частной жизни, которые могут реализовываться в пенитенциарной системе, свидетельствуют о пределах конвергенции частной и публичной жизни осужденных и о наличии естественного права на неприкосновенность частной жизни.

На вопросы, связанные с вмешательством государства и его органов в частную жизнь осужденных, большинство сотрудников ответили, что органы пенитенциарной системы и государство в целом могут и должны вмешиваться в частную жизнь осужденных — 82%. 12% сотрудников отметили, что администрация УИС должна вмешиваться в частную жизнь только в случае совершения в данной сфере преступления, только в этом случае конвергенция частной и публичной жизни может достигать максимума.

Большинство респондентов отмечают низкий уровень защищенности своей частной жизни и частной жизни осужденных и тенденцию к «опубличиванию» даже тех сторон частной жизни, которые могут существовать в условиях исполнения уголовных наказаний — 84%.

В целом по оценке результатов опроса гипотеза исследования подтвердилась. Следовательно, можно заключить, что право на неприкосновенность частной жизни существует и в местах государственной изоляции, однако уровень реализации данного права весьма низкий. Частная жизнь в пенитенциарной системе регулируется с помощью права и морали, преимущественно «морали преступного мира». Проведенное социологическое исследование, на мой взгляд, вполне позволяет заключить, что несмотря на конвергенцию частной и публичной жизни, слияния ее не происходит. Частная жизнь (в силу ее естественности) присутствует и в местах государственной изоляции, следовательно, государство обязано защищать частную жизнь даже и в условиях изоляции от общества. Конечно, как показало исследование, большинство опрошенных сотрудников УИС предпочли бы (и на практике пытаются сделать это), чтобы частная жизнь осужденных полностью слилась с публичной жизнью. Думается если бы такая ситуация произошла, что можно было бы говорить, во-первых, о том, что право на неприкосновенность частной жизни это не естественное право, так как требует дополнительной деятельности государства; во-вторых, можно было говорить о полной подконтрольности (роботизации) осужденных, умалению их человеческого достоинства. К счастью, полное слияние частной и публичной жизни осужденных невозможно, так как частная жизнь включает такие стороны, которые в принципе пока не подконтрольны государству, например образ мышления, религия и т.д. Кроме того, существует еще целый ряд правовых предписаний, обуславливающих ограничение конвергенции частной и публичной жизни осужденных. Так, согласно ст. 28, 29 32, 33, 37, 41, 43 Конституции РФ и некоторых других правовых актов РФ осужденные к лишению свободы имеют право трудиться в период содержания в тюрьмах и ИК, право на информацию, заниматься самообразованием, обращаться с предложениями, заявлениями и жалобами в различные инстанции, на медицинское обеспечение и на отправление религиозных обрядов и т.д.

Перечень законодательства можно продолжать, но анализ исследованных источников и проведенного социологического исследования позволяет сделать определенные выводы, касающиеся конвергенции частной и публичной жизни осужденных.

Во-первых, если следовать правовым актам, то можно увидеть, что формально закрепленный объем правомочий, входящих в структуру естественного права человека на неприкосновенность частной жизни, в связи с отсутствием текстуального закрепления данного права в специальном законодательстве, существенно ограничен. Конечно, отбывание наказания в виде лишения свободы требует ограничения частной жизни. Вместе с тем отсутствие нормы, прямо закрепляющей право на неприкосновенность частной жизни, приводит к расширительному либо ограничительному объему толкования данных правомочий. Все это переводит правовое регулирование в моральную сферу. Неприкосновенность частной жизни в данном случае зависит от морали, которую исповедуют сотрудники УИС и которые, как показало социологическое исследование, склонны к максимальной конвергенции частной и публичной жизни осужденных.

Во-вторых, выявлена зависимость уровня демократии и конвергенции частной и общественной жизни осужденных. Чем выше уровень демократии, тем ниже уровень конвергенции частной и публичной жизни осужденных. Количество правомочий, входящих в частную жизнь осужденных, характеризует степень права в законодательстве и его гуманистический потенциал.

В-третьих, необходимо изменить действующие нормативные правовые акты с учетом особенностей реализации права на неприкосновенность частной жизни пенитенциарных учреждениях. При этом следует учитывать тот факт, что установленные отечественным законодательством расширяющиеся правомочия, входящие в структуру права на неприкосновенность частной жизни, свидетельствуют о законной дивергенции частной и публичной жизни осужденных. Как показывают результаты социологических исследований, на практике (в отличие от законодательства) при реализации наказания в виде лишения свободы имеет место противоположная тенденция — конвергенция частной и публичной жизни осужденных, т.е. администрацией де-факто предпринимаются различные меры по сокращению и умалению правомочий, входящих в состав права на неприкосновенность частной жизни.

Я.С. Гришина,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса,
Саратовская государственная юридическая академия

Система инновационно-правовых средств обеспечения социально-имущественных потребностей как правовая конструкция

На наш взгляд, система инновационно-правовых средств обеспечения социально-имущественных потребностей¹ представляет собой юридическую конструкцию, поскольку под данной дефиницией вполне уместно понимать типовую комбинацию элементов системы, системную организацию правовых средств, зафиксированных в нормах позитивного права². Данный тезис может быть аргументирован следующим образом.

В настоящее время термин «юридическая конструкция» широко применяется как в научной литературе³, так и в нормативных правовых актах⁴, а также в материалах правоприменительной практики⁵. По мнению А.В. Майфата, юридическую

¹ См.: Гришина Я.С. Социальное предпринимательство как инновационно-правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей / под ред. Н.А. Барина. Саратов, 2012.

² См.: Пономарев Д.В. Генезис и сущность юридической конструкции: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2005. С. 8.

³ См.: Майфат А.В. Гражданско-правовые конструкции инвестирования: монография. М., 2006.

⁴ Постановление Правительства РФ от 9 сентября 1999 г. № 1024 «О Концепции управления государственным имуществом и приватизации в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 39. Ст. 4626.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ от 18 января 2001 г. № 6-О «О проверке конституционности пунктов 1 и 3 статьи 120 и пункта 1 статьи 122 Налогового кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

конструкцию следует понимать как «типовое построение юридических правомочий, обязанности, оснований их возникновения и процедур»¹. Однако, на наш взгляд, данное определение носит в большей степени специально-технический характер, так как, думается, что юридическая конструкция представляет собой в первую очередь средство юридического мышления, конструирующее модель правового регулирования общественных отношений.

Теория юридических конструкций была разработана школой конструктивной юриспруденции в XIX в. в Германии. Наиболее яркий ее представитель Р. фон Иеринг считал юридическую конструкцию основным приемом юридической техники наряду с анализом и логической концентрацией². Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона дает следующее определение юридической конструкции: «Это метод догматического изучения права, имеющий целью обратить последнее в связанную систему понятий и точных определений»³.

Н.М. Коркунов, отмечая роль юридической конструкции, полагал, что «если бы изучение права ограничивалось одним толкованием, то не только юристам каждого отдельного государства, но даже каждому новому поколению юристов одной и той же страны приходилось бы начинать дело, изучать сызнова, так как законы меняются быстрее людских поколений. Между тем, несмотря на разнообразие и изменчивость права, в нем есть постоянные, по крайней мере более устойчивые элементы, не меняющиеся с каждой переменой законодательных определений»⁴.

В настоящее время в научной литературе сформировалось три основных подхода к пониманию юридической конструкции: 1) метод познания права; 2) способ толкования права; 3) модель урегулированных правом общественных отношений⁵. Однако наиболее перспективным, с нашей точки зрения, видится представление о юридической конструкции как о модели общественных отношений, с чем соглашаются и другие ученые⁶. По существу, данную позицию разделяет Д.Е. Пономарев⁷, считающий, что происходящие в стране масштабные общественно-политические изменения, выразившиеся в проводимой правовой реформе, позволяют уточнить правовой статус юридической конструкции. Проведенный им монографический анализ позволил сделать вывод, что в настоящее время юридическая конструкция должна рассматриваться не как разновидность юридической техники (метод познания права и способ толкования права), а как правовая конструкция, системным образом соорганизуя правовые средства в рамках механизма правового регулирования, обеспечивая системность действия позитивного права и в конечном счете — эффективность правового регулирования.

С точки зрения С.С. Алексеева, появление юридических конструкций в праве связано с эволюцией правовых средств, используемых в повторяющихся типич-

¹ Майфат А.В. Указ. соч. С. 3.

² См.: Иеринг Р. Юридическая техника. СПб., 1906. С. 18.

³ Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона (URL: <http://www.vehi.net/brokgauz/alphabet.html>).

⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 348.

⁵ См.: Исаев Н.В. Юридическая конструкция как модель общественных отношений // Портал «Издательство «Граммота» (URL: <http://www.gramota.net/materials/3/2012/1-1/21.html>).

⁶ См. там же. С. 93.

⁷ См.: Пономарев Д.Е. Генезис и сущность юридической конструкции: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 2005. С. 4.

ных жизненных ситуациях¹. Этот процесс нашел свое выражение в качественном усложнении правовых средств, выражающем типизацию в праве — юридических конструкций.

В связи с этим «именно в юридических конструкциях — основа уникальности права, и его силы, и его незаменяемости в условиях цивилизации»², что обуславливает, на наш взгляд, преемственность в праве. Преемственную связь в праве следует рассматривать в качестве одной из важнейших составляющих индуктивного метода познания в праве, так как именно юридические конструкции могут выявить индуктивные обобщения о фактических человеческих отношениях, имеющие юридическое значение и внушающие уверенность в универсальности правовых конструкций и позволяющие предположить, что именно таким образом дело будет обстоять во всех сходных случаях³.

А.Ф. Черданцев, отмечая роль юридических конструкций, полагает, что они придают нормам права логическую стройность, обуславливают последовательность их изложения, определяют связь между нормами права, способствуют полному, беспробельному, четкому урегулированию тех или иных общественных отношений. Юридическая конструкция представляет собой как бы схему, скелет, на которую нанизывается правовой материал⁴. На практике, считает Н.В. Исаев, любое фактическое действие, любая жизненная ситуация получает правовое разрешение путем применения правовых средств в связи, системе, т.е. в виде юридических конструкций. По его мнению, в настоящее время целесообразно использование термина «юридическая конструкция» для обозначения соответствующего понятия в значении «модель общественных отношений»⁵.

В целом соглашаясь с выводами ученых, разделяющих данную точку зрения, считаем уместным уточнить данное словосочетание, добавив в него слово «правовая». Модель общественных отношений может быть экономической, социальной. Поэтому, говоря о юридической конструкции, корректнее иметь в виду правовую модель общественных отношений. В связи с этим считаем обоснованным при дальнейшем проведении системного анализа правовых средств обеспечения социально-имущественных потребностей употреблять термин «правовая конструкция».

Таким образом, правовая конструкция рыночных общественных отношений по удовлетворению социально-имущественных потребностей представляет собой юридическую конструкцию, системным образом организующую частноправовые и публично-правовые средства в рамках механизма правового регулирования социального предпринимательства, обеспечивая системность действия позитивного права и в конечном счете — эффективность правового регулирования, которая достигается применением комплексного дозвоительно-разрешительного правового режима.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Восхождение к праву: поиски и решения. М., 2001. С. 274–275.

² Там же. С. 278.

³ См.: *Литвинович Ф.Ф.* Преемственность в праве и методология права // Вестник ВЭГУ. 2010. № 5 (49). С. 20.

⁴ См.: *Черданцев А.Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 192.

⁵ *Исаев Н.В.* Указ. соч.

А.Р. Губайдуллин,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Интегративная функция правовой системы общества и конвергенция частного и публичного права: понятие и соотношение

Одной из актуальных проблем теории государства и права является вопрос об интегративной функции правовой системы общества. При этом анализ содержания данной функции немыслим без учета конвергенции частного и публичного права.

По мнению В.Н. Карташова, функции правовой системы общества — это «относительно обособленные направления гомогенного (однородного) позитивного воздействия правовой системы общества на реальную действительность, в которых проявляется ее (правовой системы общества) природа, место среди других систем гражданского общества и социально-преобразующая роль в жизни людей, их коллективов и организаций, общества и государства в целом»¹. К достоинствам данного определения можно отнести то, что здесь упоминаются однородность и позитивность воздействия, отмечается связь функций и места правовой системы среди других социальных систем. Единственное, что необходимо отметить — упоминание гражданского общества. Не умаляя ценности данной категории, следует сказать, что сложно говорить о повсеместном существовании гражданского общества как с точки зрения истории государства и права, так и с позиции некоторых современных обществ. В то время как предложенная дефиниция должна быть универсальной, т.е. применимой к любой правовой системе.

Конвергенция частного и публичного права подразумевает их сближение. На наш взгляд, этот процесс можно рассматривать с нескольких сторон. Во-первых, можно вести речь об изменении соотношения частного и публичного права. Этот аспект условно можно назвать внешней конвергенцией. Во-вторых, необходимо отметить тесное переплетение частного и публичного права, их взаимопроникновение друг в друга. Данную сторону можно определить как внутреннюю конвергенцию.

Говоря об интегративной функции правовой системы общества, необходимо отметить следующее. В литературе отмечается внутренний и внешний аспекты данной функции, выраженные «как в объединении всех правовых институтов в единое целое, так и в сплочении всех сторон общественной структуры ...на основе принципов законности и социальной справедливости»². На наш взгляд, необходимость данной функции обуславливается положением теории систем о том, что любая система может являться элементом более крупной системы. Внутренний характер данной функции обеспечивает целостность самой правовой системы общества, а внешний — взаимодействие с другими социальными системами.

¹ *Карташов В.Н.* Теория правовой системы общества: учеб. пособие. В 2 т. Т. 1. Ярославль, 2005. С. 70.

² *Правовая система социализма: функционирование и развитие* / под ред. А.М. Васильева. Кн. 2. М., 1987. С. 15.

Итак, интегративная функция правовой системы общества проявляет себя с внутренней стороны. Помимо системы права правовая система включает в себя большое количество иных элементов, между которыми существуют сложные генетические и функциональные связи. Целостность правовой системы обуславливается ее интегративной функцией, а вышеуказанные связи являются содержанием данной функции.

Трансформация этого содержания играет огромную роль, она влечет за собой изменение всей правовой системы. В контексте заявленной темы проиллюстрируем это следующим примером. Соотношение публичного и частного в советский период развития было сильно изменено в пользу первого. В литературе отмечается, что в советский период правовая наука негативно относилась к делению права на публичное и частное, так как считалось, что подобное деление маскирует сущность буржуазного права как возведенной в закон воли эксплуататорского меньшинства общества¹. Нарушение естественного для классического романо-германского права баланса этих двух разделов системы права повлекло коренные изменения в отечественной правовой системе в целом.

Во-первых, изменилось соотношение источников права. Например, правовой обычай, занимавший далеко не последнее место в данной системе, был фактически нивелирован.

Во-вторых, изменилась сама система права, в которой стали доминировать публичные отрасли права. Трансформация коснулась и частного права, в котором было сужено содержание гражданского права. При этом стали развиваться такие отрасли, как семейное право и трудовое право.

В-третьих, изменения коснулись консервативных элементов правовой системы — правового сознания и правовой культуры. В частности, вырабатывалось новое отношение к праву собственности.

Здесь сразу можно сделать следующий вывод. Изменение соотношения частного и публичного права неизбежно стимулирует изменения во всей правовой системе. Эти процессы охватываются содержанием интегративной функции правовой системы общества.

Это также подтверждается особенностями современного правового развития в России. Конвергенция частного и публичного права приводит к их взаимопроникновению. В гражданском праве есть публичные договоры, в уголовном процессе присутствуют дела частного обвинения, а в самой системе права складываются комплексные отрасли права (морское право, предпринимательское право), правовую природу которых (частноправовую или публично-правовую) однозначно определить невозможно².

Таким образом, внутренняя сторона интегративной функции правовой системы общества обуславливает соотношение частного и публичного права не только на уровне системы права, но и на уровнях источников права, соотношения частногоправового и публично-правового регулирования, а также правового сознания и правовой культуры общества.

¹ См.: *Вопленко Н.Н.* Очерки общей теории права: монография. Волгоград, 2009. С. 372.

² См.: Основные характеристики российской правовой действительности / под науч. ред. Ю.С. Решетова. Казань, 2010. С. 55–56.

Интегративная функция выражает себя и с внешней стороны, что обуславливается следующими обстоятельствами. Правовая система общества задействована в социальном развитии, стимулируя эволюцию общественных отношений. Находясь в единстве с другими социальными системами, правовая система общества может в определенной степени опережать их, создавая дополнительный стимул для развития этих систем. После разрушения СССР отечественная правовая система была существенно модернизирована, что в какой-то степени создало условия для изменения политической и экономической систем российского общества.

В этом смысле внешнее проявление интегративной функции и конвергенция частного и публичного права взаимосвязаны. Здесь необходимо отметить следующее.

Право является ядром правовой системы общества. Однако дело не только в этом. В отличие от правового сознания, правовой культуры и отчасти правовой науки система права с точки зрения внешнего проявления интегративной функции правовой системы может быть не так сильно связана с религией, традициями. Эта неравномерность может быть подчеркнута следующим примером. В литературе отмечают, что «элементы традиционализма в большей степени присутствуют в сфере китайского правосознания, в меньшей – в сфере правореализации и практически отсутствуют в нормативном звене правовой системы»¹.

Снижение роли религиозного фактора и возрастание влияния экономики обуславливают усиление позиций частного права. Эта тенденция проявила себя в полной мере еще в Древнем Риме, где частное право достаточно рано лишилось сакральной оболочки. Это приводит к активизации правового развития, в содержание которого включается конвергенция частного и публичного права

Эволюционирующая система права стимулирует развитие процессов правового регулирования, правореализации, что влияет на правовое сознание и правовую культуру. Происходит количественное и качественное обновление правовой системы общества.

Безусловно, нельзя все сводить лишь к конвергенции частного и публичного права, которая не способна заменить все правовое развитие. Но здесь данная конвергенция может выступать как фактор, условие или элемент механизма правового развития.

Интегративная функция правовой системы общества также проявляет себя в юридической политике и юридической практике, так как «в них реализуется и аккумулируется единство экономического и социального развития»².

На наш взгляд, юридическая политика и юридическая практика концентрируют в себе все то, что правовая система общества «впитывает» от политической, экономической, духовной сфер жизнедеятельности общества. Далее полученный материал перерабатывается и выводится вовне с помощью функций как юридической политики и юридической практики, так и функций правовой системы в целом.

В данном случае объединяются ранее отмечавшиеся внутренняя и внешняя стороны проявления интегративной функции правовой системы.

¹ Куманин Е.В. Китайское право в условиях реформ // Советское государство и право. 1988. № 9. С. 99.

² Правовая система социализма: функционирование и развитие / под ред. А.М. Васильева. Кн. 2. С. 19.

Конвергенция частного и публичного права выступает в роли своеобразного фундамента, на основе которого юридическая политика и юридическая практика аккумулируют самые различные социальные явления. Соотношение частного и публичного права, их взаимопроникновение обуславливают степень восприятия элементов политической, экономической и духовной сфер жизнедеятельности общества.

Л.А. Гумеров,

к.ю.н., доцент,

зав. кафедрой общетеоретических правовых дисциплин,
Казанский филиал Российской академии правосудия

Право на обоснованный риск в системе юридических гарантий прав и свобод в научно-технической сфере

Правовая природа юридических гарантий достаточно подробно исследована в трудах отечественных и зарубежных ученых. По нашему мнению, под юридическими гарантиями следует понимать установленную в законодательстве совокупность условий, правовых средств и способов, направленных на обеспечение эффективной реализации, а также охрану и защиту прав и свобод каждого (индивидов и их объединений).

Все многообразие юридических гарантий реализации прав и свобод в научно-технической сфере можно классифицировать на имеющие общий и специальный характер. К юридическим гарантиям, имеющим общий характер, следует отнести такие законодательно установленные средства и способы обеспечения реализации, охраны и защиты прав и свобод, которые наряду с научно-технической сферой применяются в иных областях жизнедеятельности общества. К их числу прежде всего относятся действующий в государстве политико-правовой режим законности, сформированный на строгом соблюдении субъектами права законодательства, закрепившего основополагающие естественно-правовые начала, а также возможность самозащиты, административно-правовой и судебной защиты прав и свобод¹.

Необходимость указанных гарантий для эффективной реализации прав и свобод в научно-технической сфере очевидна и вряд ли требует доказательств. Очевидно также и то, что вышеуказанные общие юридические гарантии закладывают основу существования общества в целом и, конечно, требуют дополнения специальными юридическими гарантиями, учитывающими специфику реализации прав и свобод в научно-технической сфере на современном этапе развития общества. В этой связи особый интерес представляют юридические гарантии, имеющие специальный характер, т.е. направленные непосредственно и исключительно на обеспечение реализации и охрану прав и свобод в научно-технической сфере.

¹ Чиховадзе В.М. Гарантировано Конституцией: беседы о Конституции СССР. М., 1979. С. 49; Матвеев В.Н. Конституционные гарантии прав и свобод человека и их реализация в современной уголовной политике России // Право и жизнь. 2009. № 9. С. 71–89.

Следует отметить, что в отличие от общих юридических гарантий, перечень которых будет в целом одинаковым для всех демократических государств, содержание специальных юридических гарантий варьируется в зависимости от объективных условий и потребностей того или иного государства. Исходя из положений нормативных правовых актов, регламентирующих отношения в научно-технической сфере, можно сделать вывод о том, что наряду с имущественными и организационными гарантиями законодатель установил особую группу специальных гарантий, которую можно обозначить как неимущественные гарантии. К их числу относятся информационное обеспечение научно-технической деятельности, защита от недобросовестной конкуренции в научно-технической сфере и другие гарантии.

Впервые в законодательстве России в ст. 3 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике» закреплено положение об обоснованном риске в научно-технической деятельности, которое, согласно вышеуказанной классификации, следует отнести к неимущественным гарантиям. Значение данной гарантии для научно-технической сферы вряд ли можно переоценить, так как реализация основополагающей свободы научно-технического творчества, включая возможность выбора форм и методов научно-технической деятельности, напрямую связана с различного рода рисками. Субъект, осуществляющий научно-техническую деятельность, например, проводя научное исследование, предполагает, что совершаемые им действия приведут к определенному желаемому результату.

Однако в зависимости от сложности исследования и существующей неопределенности в конечном результате можно допустить, что процесс его осуществления пойдет по иному сценарию, отличному от изначально задуманного, либо результат окажется иным, чем предполагалось. Соответственно, в такой ситуации нельзя гарантировать однозначность научного результата и его очевидность. Более того, вполне вероятно, что сам научный результат или процесс его получения окажет негативное воздействие на охраняемые правом интересы либо подвергнет их опасности или риску. Деяние, причиняющее ущерб охраняемым законом интересам, является правонарушением.

В этой связи А.А. Пионтковский писал, что «развитие научно-технической революции необходимо связано с постановкой новых научно-технических экспериментов. Без этого невозможно движение вперед и науки, и техники. Нередко такие эксперименты связаны с серьезным риском для материальных интересов, здоровья и жизни людей. Поэтому возникает вопрос о пределах дозволенного производственного и научного риска и об установлении ответственности за причинение вреда при дозволенном риске»¹. Таким образом, исследователь, даже действуя из благих побуждений, может оказаться в роли правонарушителя. Подобная перспектива вряд ли способствует развитию научно-технической деятельности и, безусловно, отрицательно сказывается на научно-техническом развитии общества в целом.

Как указывалось выше, Федеральный закон «О науке и государственной научно-технической политике» гарантировал право на обоснованный риск в научной и научно-технической деятельности, т.е. возможность осуществлять научно-техническую деятельность, не опасаясь за то, что может быть причинен ущерб охра-

¹ Пионтковский А.А. Уголовный закон в борьбе с отрицательными последствиями научно-технического прогресса // Советское государство и право. 1972. № 4. С. 37.

няемым законом интересам. Однако толкование данного положения должно быть системным, с учетом положений иных нормативных правовых актов. Отмеченное имеет методологическое значение, в частности, позволит выявить критерии обоснованного риска в научно-технической деятельности и определит обстоятельства, исключающие юридическую ответственность.

Изначально концепция обоснованного риска нашла наиболее полное отражение в уголовном праве. Регламентация деяний в состоянии обоснованного риска содержится в ст. 41 УК РФ, которая устанавливает, что не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при обоснованном риске для достижения общественно полезной цели. Исходя из положений гл. 38 ГК РФ и ст. 239 ТК РФ, субъекты, осуществляющие научно-техническую деятельность, по общему правилу имеют право на обоснованный риск и, соответственно, освобождаются от гражданско-правовой и материальной ответственности. Применительно к последнему случаю данный вывод находит подтверждение и в судебной практике¹.

Исходя из системного толкования положений вышеуказанных актов, можно сделать следующие выводы. Во-первых, научно-техническая деятельность должна быть направлена на достижение общественно полезной цели, например, синтезирование нового медицинского препарата, создание и испытание технического средства, необходимого для производственных нужд, обороны государства и т.д. Во-вторых, риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанным с риском деянием. Другими словами, сопряженное с риском деяние было единственно возможным вариантом поведения для достижения общественно полезной цели. В-третьих, такое поведение должно осуществляться с учетом достигнутого уровня научно-технических знаний, навыков и умений, с соблюдением требований техники безопасности, т.е. необходимо предпринять все возможные меры для предотвращения вреда охраняемым законом интересам. В-четвертых, не признаются допустимыми деяния, хотя формально и совершаемые в состоянии обоснованного риска, но заведомо сопряженные с угрозой для жизни многих людей, с угрозой экологической катастрофы или общественного бедствия.

Вместе с этим нельзя не отметить, что в случае с дисциплинарной и административно-правовой ответственностью законодательство России не рассматривает обоснованный риск как обстоятельство, исключающее ответственность. Таким образом, субъект, осуществляющий научно-техническую деятельность, может быть привлечен к указанным видам ответственности.

В заключение необходимо отметить, что законодательно установленная возможность осуществления научно-технической деятельности в состоянии обоснованного риска наряду с иными юридическими гарантиями является существенной и необходимой юридической гарантией реализации прав и свобод в научно-технической сфере.

Однако, по нашему мнению, концепция обоснованного риска в научно-технической деятельности должна применяться не только к деяниям, причиняющим вред охраняемым уголовным законом интересам, гражданским деликтам и проступкам,

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. № 52 «О применении судами законодательства, регулирующего материальную ответственность работников за ущерб, причиненный работодателю» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 1.

влекущим материальную ответственность, но и к иным правонарушениям, что требует внесения соответствующих изменений в законодательство.

Н.Н. Ефремова,

к.ю.н., профессор, ведущий научный сотрудник,
Институт государства и права РАН

К вопросу о конвергенции частного и публичного права в классической и постклассической теории права

Переходный этап в развитии современного отечественного государства и права, начавшийся в 90-е годы XX в., был ознаменован принятием Конституции РФ и последовавшей кодификацией отраслевого законодательства, в том числе гражданского (ГК РФ, часть первая вступила в действие в 1994 г.). Особенностью последнего, в отличие от предшествующего (1964 г.), было основание его на принципах частного права и установление соответствующих институтов. Это означает расширение сферы применения частного права и одновременно «определенное ограничение публично-правового регулирования», которое по справедливому замечанию В.Д. Первалова, «в прежние времена было доведено до абсурда...»¹. Отечественные изменения в соотношении частного и публичного права и их воздействии на общественные отношения выступают одной из ведущих тенденций современного правового развития. Очевидно, что произошедшие изменения не могли не привлечь внимания как специалистов-цивилистов, так и «отраслевиков» из области публичного права. Не остались равнодушными к проблеме соотношения частного и публичного права историки и теоретики права.

По мнению ученых юристов, особое внимание к этой проблеме означало возвращение к дореволюционной (до 1917 г.) традиционной доктрине, знавшей разделение частного и публичного права, или начало нового этапа в развитии отечественной юриспруденции, отличающегося от предшествовавшего (советского), когда наличие этих двух сфер или подсистем права признавалось лишь в международном праве². За прошедшие два десятилетия появилась обширная историография этой проблемы, в том числе и работы, посвященные анализу системы права, критериям и основаниям различия частного и публичного права, их «конвергенции» или «публицизации частного права», как определяют соответствующую тенденцию развития современной системы права различные авторы³. Не претендуя на исчерпывающую характеристику проблемы, полагаем, что можно выделить краткий анализ критериев разграничения и особенностей соотношения и взаимодействия частного и публичного права в различные исторические эпохи развития позитивного права,

¹ Первалов В.Д. Теория государства и права: учебник. М., 2008. С. 134.

² См. об этом, например: Соотношение частного и публичного права: дискуссия журнала «Правоведение» // Правоведение. 1992. № 1. С. 24.

³ См., например: Коршунов Н.М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5 и другие публикации. В.Е. Чиркин, Ю.М. Тихомиров, М.Н. Марченко и многие другие авторы внесли вклад в разработку темы.

отраженных в трудах отдельных теоретиков и философов права — представителей классической и постклассической юриспруденции.

Серьезное внимание этой проблеме уделял выдающийся русский правовед, цивилист, теоретик и философ права Г.Ф. Шершеневич, ярчайший представитель классической юриспруденции. По характеристике академика В.С. Нерсисянца, Г.Ф. Шершеневич являлся наиболее видным представителем юридического позитивизма в России. Анализируя такую юридическую категорию, как система права он выделял различные основания ее деления и критически оценивал те, которые предлагали его коллеги — современники¹. При этом он признавал, что «господствующим делением права является двучленное на: а) право частное, или гражданское, и б) право публичное»².

Классифицируя различные основания для деления, сложившиеся в литературе, он сводил их к двум основным: «отличительный признак видят или в материальном, или в формальном моменте»³. При этом Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что «практическая потребность» самого деления существует⁴. Используя материальный подход, Г.Ф. Шершеневич выделял в качестве критериев: 1) охраняемый интерес; 2) характер лиц. Вместе с тем эти критерии не абсолютны и не универсальны, поскольку, как справедливо отмечал Г.Ф. Шершеневич, «за частными интересами в праве всегда скрывается общественный, а за общественным — частные»⁵.

Характеризуя различие частного и публичного права по формальным основаниям, Г.Ф. Шершеневич обращал внимание на распределение инициативы защиты права от его нарушения между частным лицом и государством⁶. Но и при таком подходе, как полагал Г.Ф. Шершеневич, непроходимой границы нет. Слабой стороной формальной теории Г.Ф. Шершеневич считал то, что «она не удовлетворяет требованиям юридической догматики, хотя и претендует на исключительно догматическое значение»⁷. Говоря о частном и публичном праве как системах, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «в глазах римлян» публичное право обладало «нераздельным единством», тогда как в современный ему период оно было дифференцировано на части⁸. Это: государственное право, административное право, финансовое право, уголовное право, судебное право. Последнее он определял как «совокупность норм права, устанавливающих систему действий суда, как органы управления, в видах раскрытия в конкретных случаях применимости последствий той или иной нормы права»⁹. При этом судопроизводство в доктринальном отношении Г.Ф. Шершеневич относил к объекту науки административного права (внутреннего управления), а судоустройство — к государственному праву¹⁰. Вместе с тем признание автором су-

¹ См. об этом подробно: *Шершеневич Г.Ф.* Философия права. Т. 1: Часть теоретическая. Общая теория права. М., 1912. С. 513–521.

² Там же. С. 515–516.

³ Там же. С. 521.

⁴ Там же. С.

⁵ Там же. С. 524.

⁶ Там же. С. 526.

⁷ Там же. С. 533.

⁸ Там же. С. 547.

⁹ Там же. С. 552.

¹⁰ Там же. С. 553. О современной оценке статуса судебного права в системе права см., например: *Ефремова Н.Н.* Становление и развитие судебного права в России XVIII — начала XX в.: историко-правовое исследование. М., 2007. С. 3–5.

дебного права как единого, обособленного структурного элемента системы права было прогрессивным явлением, способствующим восприятию правосудия в качестве единого правового института, основанного на общих принципах.

Система частного права, по Г.Ф. Шершеневичу, включала гражданское право (занимавшее большую его часть), торговое право, исторически выделившееся из гражданского, и отчасти обособленное «поземельное»¹. Как общую тенденцию дальнейшего развития права, Г.Ф. Шершеневич отмечал стирание резких границ «между публичным и частным правом» и укрепление «нормы публичного права в области, где до сих пор господствовал частный интерес»². Позиция Г.Ф. Шершеневича по проблеме конвергенции частного и публичного права была рецептирована в современной отечественной юриспруденции, в трудах его последователей.

Вместе с тем в последние годы сложилось новое течение в теоретико-юридической и философско-правовой науке, получившее название постклассического, также уделяющее определенное внимание этой проблеме³. Так, например, И.Л. Честнов определяет систему права как всю правовую реальность, отдельными, самостоятельными элементами которой выступают «люди (субъекты права) и нормы права и их знаковые формы (норма права как диалог действия (сущего) и структуры, выраженной господствующими представлениями о должном»⁴.

Система права — это нормы права, объединенные в комплексы и общности права. Выделяются, в частности, публично-правовые и частноправовые нормы, объединяющиеся в общности, постепенно разделяющиеся на отрасли права⁵. Критериями объединения норм права в отрасли, как известно, выступают предмет и метод правового регулирования. Эти хрестоматийные определения не выражают специфики постклассической теории права. Вместе с тем выделение правопорядка как элемента системы права и определение системы права, как динамической структуры, воспроизводящейся в действиях конкретных индивидов, образующих правопорядок, уже является позицией, характерной для постклассицизма и диалого-социологического, антропологического подхода автора — представителя данной школы⁶.

Более перспективным критерием разграничения частного и публичного права, по мнению И.Л. Честнова, является тип (принцип) правового регулирования (впервые был выдвинут Л.И. Петражицким). Веления, исходящие от государственной власти, создают публичное право, тогда как частное право устанавливается волей частных лиц, становясь охраняемым государством (определение восходит к И.А. Покровскому)⁷.

Вместе с тем и постклассическая теория права, различая частное и публичное право, не ставит непроходимой стены между этими сферами правового регулирования, подчеркивая взаимосвязь и взаимообусловленность норм частного и публичного права, нацеливая внимание на человека — творца и применителя права:

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 557.

² Там же. С. 567.

³ См., например: Честнов И.Л. Постклассическая теория права. М., 2012.

⁴ Там же. С. 379, 380, 406, 442.

⁵ См. там же. С. 465–466.

⁶ См. там же. С. 476.

⁷ См. об этом: Социология публичного права: антрополого-правовая парадигма: монография. СПб., 2009. С. 39.

персоноцентристский подход обеспечивает правовой интерес объекта и защиту его нарушенных прав, а соответственно, способствует утверждению правопорядка и повышению эффективности права, без чего последнее не представляет социальной ценности. И публичное, и частное право благодаря человеческому измерению сближаются, гармонизируя интересы индивидумов в отдельности и социума в целом. Таким образом, и классическая и постклассическая юриспруденция отмечают конвергенцию частного и публичного права; однако как публицизация, так и приватизация права в тотальном формате неприемлемы.

И.А. Иванников,

д.ю.н., д. полит. н., профессор
кафедры теории и истории государства и права,
Южный федеральный университет (г. Ростов-на-Дону)

Философия права Г.Ф. Шершеневича

В числе выдающихся представителей российской науки философии права Г.Ф. Шершеневич занимает одно из самых видных мест. Он имел свое понимание предмета философии права, ее периодизации, обосновав связь философии права с другими общественными и юридическими науками.

Истоки его философско-правового мировоззрения составляли труды немецких ученых: И. Канта, Г. Гегеля, Роберта фон Моля «История и литература государствоведение», в 3 т. (1855–1858), Хинринкса «История права и принципы реформ государства», в 3 т. (1848–1852) по новой философии права; Ф. Шталя «Философия права. Т. 1: История философии права» (1878) — эту работу Г.Ф. Шершеневич называл лучшей по истории философии права; Гайера «История и система философии права» (1863), Лассона «Система философии права» (1882), а также труды француза Пауля Жанета, англичанина Нерона, итальянца Карле и многочисленные труды российских авторов, среди которых он особенно выделял работу профессора Киевского университета К.А. Неволлина «История философии законодательства» (вторая часть его «Энциклопедии законодательства», 1857) и труд профессора Московского университета П.И. Новгородцева «Лекции по истории философии права. Учения нового времени XVI–XVIII веков» (1904)¹.

Г.Ф. Шершеневич положительно оценивал роль естественного права в прошлом и видел его значение в том, что оно способствовало установлению априорного «идеального правового порядка» (практическая сторона) и до сих пор «играет роль политического и правового идеала»².

В отличие от Г. Гегеля, который считал философию права разделом философии, исследующим право, Г.Ф. Шершеневич философию права рассматривал как часть юридической науки, ее теоретической основой. Он критиковал философов за то, что они «превратили философию права в придаток философии, и вместо то-

¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 2001. С. 35–36.

² Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 28.

го, чтобы строить представления о праве и государстве исходя из явлений действительности, открывающейся при изучении государственного устройства и государственного управления, содержания норм права и их осуществление при применении, философы хотят навязать правоведам свои представления, построенные без всякого соприкосновения с данными действительной государственной и правовой жизни... Философия права, предлагаемая философами по профессии, полна отрешенности от юридических наук и незначительной полезностью философии права для теоретического и практического правоведения»¹. Философское познание права осуществляется вне эмпирической действительности, а «сущность права не может быть понята вне проявлений его в эмпирической действительной жизни»². Философ права должен знать отрасли права.

В периодизации философии права Г.Ф. Шершеневич выделил три периода:

1) древняя философия права, в миросозерцании этого античного периода не различалось государство и общество, право и нравственность;

2) средневековая философия права, миросозерцание которого «характеризуется стремлением к освобождению. От земельных уз, переселением своих идеалов в загробную жизнь»³;

3) новая философия права, которая характеризуется «высвобождением человека, борьбой личности за свою свободу»⁴. Этот период характеризуется сменяющимися друг друга тремя формами борьбы: за религиозную свободу, за политическую свободу и борьбу за экономическую свободу. Поскольку «политическая свобода не обеспечила человеку действительной свободы»⁵, так как человек зависим экономически и поэтому возникает «новый период общественных стремлений — борьба за экономическую свободу»⁶.

Датский представитель правового позитивизма *Альф Росс* (1899–1979) отмечал, что «объектом философии права является не право, а правоведение»⁷. Но еще в начале XX в. схожие идеи высказывал Г.Ф. Шершеневич.

Вопросом большой теоретической важности является проблема определения предмета и метода. «В определении предмета науки должна заключаться вся логика курса»⁸. Предметом исследования философии права являются наиболее общие закономерности возникновения, развития, функционирования и прогнозирования развития права, его соотношение с властью, другими социальными нормами и справедливостью с критикой существующих теорий государства и права, политические и правовые идеалы. Но при этом не познается специфика государства и права, которая может быть понята только при использовании методов юридической науки. Об этом писал Г.Ф. Шершеневич более 100 лет назад. «Философия права должна оперировать только теми методами, которыми пользуется отдельная юри-

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 1. М., 1910. С. 18.

² Там же. С. 19.

³ Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 33.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 34.

⁶ Там же.

⁷ Kirste S. Einführung in die Rechtsphilosophie. Darmstadt, 2010. S. 19.

⁸ Иванников И.А. Теория государства и права. М., 2011. С. 9.

дическая наука»¹. Как и Густав Гуго, он считал, что «определение понятия о праве должно быть направлено всецело на объективное право»².

Нельзя познать предмет конкретной науки, используя методы другой науки. Подводя итог, можно констатировать, философия права — это специальная философско-правовая, мировоззренческая гуманитарная наука, изучающая природу права, его сущность и соотношение с властью, моралью и справедливостью, критикующая существующие теории государства и права. Изучать предмет науки следует прежде всего ее методами, а не методами другой науки, а поэтому философские методы при изучении права нужны в первую очередь для познания мышления юриста.

Рассуждая о связи философии права с другими юридическими науками, Г.Ф. Шершеневич писал: «Философия права должна ставить своею задачею то же, что составляет предмет изучения отдельных юридических наук: право, как оно есть, и право, каким оно должно быть»³. Таким образом, философия права решает не только две задачи — теоретическую (критиковать понятия права, его сущность и др.) и практическую (политика права), но и третью — историческую. Поэтому современная научная философия права, считал Г.Ф. Шершеневич, состоит из трех частей: I. Общая теория права; II. История философии права; III. Политика права⁴.

Общая теория права (теоретическая сторона), считал Г.Ф. Шершеневич, есть часть философии права, которой присуща, кроме теоретической, и практическая сторона⁵. Право надо изучать вместе с другими сторонами социальной жизни, а поэтому философия права связана с социологией. Появление философии права делает ненужной дисциплину энциклопедию права. Г.Ф. Шершеневич отмечал: «Научная несостоятельность энциклопедии права выражается в том, что у нее нет ни объекта, ни метода, т.е. того, что оправдывает самостоятельность науки»⁶. Самое большое значение в системе юридических наук он отводил философии права. «Рядом с юридическими науками существует только философия права, частью которой является общая теория права»⁷.

Самая существенная связь философии права с теорией права. Это не отрицают и в современной философии права. Однако в современной философии права ее предмет более узок и значение не столь важное, как считал Г.Ф. Шершеневич. Так, австрийский философ права Штефан Кирсте выделил три области философии права: теорию правоповедения, теорию права и этику права.

Теория правоповедения. «Философия права размышляет о юридическом мышлении. В этом смысле она является также отражательной теорией правоповедения. Но как только она достигнет ясности в отношении себя самой, возникает второй вопрос, который философия права должна задать себе самой: что составляет научность правоповедения?

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 19.

² Там же. С. 275.

³ Там же. С. 20.

⁴ См. там же. С. 24.

⁵ См. там же. С. 48.

⁶ Там же. С. 60.

⁷ Там же. С. 62.

Пожалуй, можно было бы разделить точку зрения, что философия права есть научная теория права, поскольку она ориентируется на мышление права и тем самым пытается построить соответствующую теорию»¹.

Теория права. «Под теорией права понимается, во-первых, предметно ограниченная часть философии права, а также, во-вторых, определенная научная перспектива на право»². Как и теория права, философия права исследует понятие права.

Этика права. Ш. Кирсте отмечает, что «право не только отграничивается от других норм, но и положительно относится к ним. С точки зрения морали мы задаем вопрос: является ли право справедливым?»³. Задачей этики права, по Ш. Кирсте, является исследование справедливости позитивного права. «Тем самым этика права является частью философии права»⁴.

Рассматривая теорию права как часть философии права, выделяя ее ведущую роль в системе юридических наук еще в начале XX в., Г.Ф. Шершеневич продвинул российскую юридическую науку и философию права в число передовых в мире. То, что в наши дни выглядит как передовое в философии права, имело отражение в трудах этого мыслителя.

Н.Г. Карнишина,
д.и.н., профессор,
зав. кафедрой государственно-правовых дисциплин,
Пензенский государственный университет

Трактовка социальных факторов развития права в трудах Г.Ф. Шершеневича

Отношения общества и государства раскрывались Г.Ф. Шершеневичем в рамках солидаристической концепции. Он считал, что общественные связи человека не являются врожденными, но приобретаются с развитием общества. Их поддержание основано на общности интересов и существовании особого механизма их регулирования, которым является государство. Рассматривая различные направления социальной дифференциации, он подчеркивал их пересечение и возможность консенсуса, например, между различными классами, которые он определял как «совокупность лиц, имеющих общий интерес. Власть есть возможность навязывать свою волю другим, принуждать других к подчинению их воле властвующего, заставлять других сообразовать свое поведение с требованиями властвующего. Государство должно обладать такой властью, иначе оно не государство»⁵.

Г.Ф. Шершеневич рассматривал социальные факторы развития права исходя из понимания его как разграничение интересов или их социальную защиту. Смысл

¹ Kirste S. Einführung in die Rechtsphilosophie. S. 19.

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ Ibid. С. 21.

⁵ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1911. С. 16–17.

права правовед видел в защите индивидуализма, личных прав и свободы творчества. Историческое исследование того или иного юридического института, по его мнению, объясняет причины его появления и принципы развития в определенных условиях, проследив которые можно предвосхитить и своевременно отразить в научном изучении института новые тенденции и перспективы его развития. Г.Ф. Шершеневич писал: «Исторический прием не ограничивается задачей выяснения исторического развития национальных институтов, но еще служит пособием для систематического изучения действующего права... Раскрывая особенности данного института в истории известного народа, исторический прием предупреждает возможность ошибок в приложении к национальному праву теоретических воззрений, несогласных с исторически выработавшимися воззрениями народа. Таким образом, историческое исследование составляет необходимое предварительное условие для систематического изучения гражданского права и для критики его с точки зрения законодательной политики»¹.

Логику рассуждений Г.Ф. Шершеневича, изложенную в работе «Общая теория права», можно представить следующим образом: «Определение самого права в пределах юридических есть невыполнимая задача. Здесь необходимо содействие социологии и этики. Отношение философии права и социологии состоит в их взаимном сотрудничестве. Подобно праву, и понятие о государстве только социологическое. Реально существует только индивид, но общество обращает его в средство достижения целей и всегда будет так поступать, пока не утратит инстинкта самосохранения. Социальная норма характеризуется повелением, угрозой, содержащейся в обращении к индивиду со стороны государства. Но само государство не вступает при этом в какое-то юридическое отношение к подданным и не занимает положения субъекта права. Невозможность юридического определения понятия о государстве вытекает из недопустимости двойственного определения одного и того же понятия — социологического и юридического». Таким образом, Г.Ф. Шершеневич приходит к заключению, что право есть равнодействующая двух групп интересов — властвующих и подвластных, а само право является «хорошо понимаемой политикой силы». Благоразумие принуждает властвующих к самоограничению. В связи с теорией принуждения в учении о праве стоит и теория первенства государства над правом, как своим произведением. Обоснование необходимости права строится на доказательстве его исторической необходимости не только в прошлом, но и в данный момент»².

Г.Ф. Шершеневич признавал, что право как явление общественное есть понятие социологическое, и потому уяснение сущности права невозможно без понимания его проявлений в других областях. Однако это не должно быть делом юристов, а должно исследоваться другими общественными науками. Любой «дуализм права», т.е. противопоставление действующему праву «идеального права», Шершеневич последовательно отвергал.

Примером данной методологии может послужить трактовка правоведом места торгового права в российской правовой системе.

В.А. Удинцев рассматривал эту проблему в контексте конвергенции публичного и частного права. Он писал: «Каждая научная идея или теория, раз она имеет

¹ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. М., 1911. С. 132.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т.1. С. 19.

за собой жизненную подкладку, коренится в прошедшем, оправдывается настоящим и дает основание для будущего. Поэтому изучение такой идеи дает картину постепенного раскрытия истины и предупреждает мысль о внезапных открытиях в юриспруденции, устанавливая тем самым правильный взгляд на преемственность научной работы»¹. Это положение легло в основу мнения В.А. Удинцева о необходимости включения в Гражданское уложение постановлений о торговых сделках, объясняя это тенденцией сближения материй гражданского и торгового, публичного и частного права. Это сближение, по мнению автора, происходит уже более столетия по двум направлениям: посредством уничтожения норм об особенностях, присущих торговым сделкам, с заменой таковых общими гражданско-правовыми нормами и путем обобщения торгово-правовых принципов до ранга общегражданских.

Г.Ф. Шершеневич, поддерживая использование историко-социологического метода В.А. Удинцевым, не поддержал сделанный им вывод. Он писал: «Впрочем, некоторые до сих пор видят в торговом праве значительную долю публичного права. Однако изложение порядка назначения маклеров так же мало отнимает у торгового права его частный характер, как мало изложение организации нотариата отнимает частный характер у гражданского права. Гораздо дальше идет профессор В.А. Удинцев, который предлагает излагать торговое право без различия частного от публичного права. С точки зрения справочной это очень удобно, но с точки зрения научной системы — это невыполнимо»².

По мнению Г.Ф. Шершеневича, торговое право рассматривает: 1) институты и правовые положения, составляющие исключительное достояние торгового оборота, например фирмы; 2) правовые институты и положения, хотя и не чуждые гражданскому обороту, но имеющие главное значение в торговом обороте, например вексель, товарищества; 3) правовые институты и положения, приложимые равно как к торговому, так и к гражданскому обороту, например купля-продажа. Соприкасаясь с различными сторонами правовой жизни народа, торговля затрагивает разные отделы системы права. Прежде всего она порождает известные отношения между самим государством и лицами, отдающимися торговой деятельности. Результатом этого является публичное торговое право. Насколько торговля составляет предмет постоянного занятия известных лиц и насколько закон соединяет с подобным занятием известные права и преимущества для данного сословия, нормы этого публичного права входят в состав государственного торгового права. С падением сословных начал на западе Европы область государственного торгового права или права купеческого потеряла всякую почву.

В России сословные начала не успели еще окончательно стереться, здесь сохранилось еще купеческое сословие, замененное на Западе торговым классом. Поэтому у нас еще сохранилось государственное торговое право. Так, купечество первой гильдии, «составляя особый класс почетных людей в государстве», пользуется правом приезда ко двору, имеет право на мундир, на звание коммерции и мануфактур-советника. Наконец, внутри каждого гражданского общества между частными лицами возникают по поводу торговли многочисленные и сложные юридические отношения, вызывающие существование частного торгового права или торгового

¹ Удинцев В.А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву. М., 2003. С. 16–17.

² Шершеневич Г.Ф. Торговое право. Т. I: Введение. Торговые деятели. 4-е изд. СПб., 1908. С. 132–134.

права в собственном значении этого слова, так как под этим именем в настоящее время понимается специальная часть, особый отдел гражданского права, — полная противоположность старому времени, когда, при господстве сословных начал, торговое право было по преимуществу публичным, определяющим права и обязанности, привилегии целого сословия лиц, когда оно было правом купеческим, *jus mercatorum*, а не правом торговли, *jus mercaturae*. Как вид частного права торговое право соприкасается с гражданским правом. Взаимная связь обоих отделов частного права, естественно, самая тесная. То и другое имеет своим предметом нормы, регулирующие частные отношения граждан данного государства. Каждому купцу приходится постоянно переходить из-под действия гражданского права под действие торгового, и наоборот. И это не потому, что купец вне своей промышленной деятельности является обыкновенным гражданином, но потому также, что торговые отношения, в которые ему приходится вступать, входят то в область торгового права, то в область гражданского. Покупка товара у производителя совершается по гражданскому праву, а расплата за него векселем — по торговому. Каждый торговый договор уже в силу того, что он договор, порождающий обязательство, предполагает применение общей части обязательственного права, а в силу того, что он сделка, — применение общей части гражданского права.

Приведенный нами пример исследования места торгового права в системе права позволяет сделать вывод, что Г.Ф. Шершеневич считал необходимым исследование тех явлений и отношений, которые влияют на содержание правовых норм и на их применение к правовым отношениям. Однако он возражал против замены правовой догматики социологическим правоведением либо естественно-правовыми воззрениями.

А.В. Краснов,

к.ю.н.,

доцент кафедры общетеоретических правовых дисциплин,
Казанский филиал Российской академии правосудия;

А.В. Скоробогатов,

д.и.н., доцент,

зав. кафедрой теории и истории государства и права,
Институт экономики, управления и права (г. Казань)

Русская догматическая школа и современное правопонимание

В связи со сменой социально-экономических и государственно-правовых ориентиров в России возникает необходимость переосмысления юридического наследия дореволюционных правоведов и оценки их влияния на развитие современной российской правовой доктрины. В этом смысле особый интерес представляют воззрения русской дореволюционной догматической школы, прежде всего Г.Ф. Шершеневича, интерес к взглядам которого в постсоветской России чрезвычайно ши-

рок: большими тиражами переиздаются его работы по теории права и цивилистике¹, существует устойчивая биографическая традиция изучения его творчества, на его труды ссылаются не только теоретики², но и представители отраслевых наук при изучении современных проблем³.

Хотя формирование государственно-правовых воззрений Г.Ф. Шершеневича было обусловлено спецификой политического и социально-экономического развития России в конце XIX — начале XX в., в его работах поднимается много вопросов, связанных с общей спецификой правового развития российской цивилизации, особенностями российской правовой культуры.

Опираясь на достижения государственной школы русской историографии, Г.Ф. Шершеневич противопоставил широко распространившимся на рубеже столетий социологическим и естественно-правовым идеям тезис о ведущей роли государства в правотворчестве⁴. В этом плане его можно отождествить с М.И. Байтиным, который на рубеже XX—XXI вв. взял на себя смелость заявить, что нормативизм наиболее соответствует российским правовым традициям в противовес социологии права и теории прав человека⁵, пышным цветом расцветшим в России после отказа от марксистско-ленинской парадигмы и советского узконормативного подхода к праву и принятию конституции как агломерата трех противоборствующих концепций правопонимания.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, право, отождествляемое с нормой, производно от государства. Государственная власть господствует над всеми другими разновидностями социальной власти. Особое значение в его учении придается идее правовой организации системы государственной власти. Он выступает как сторонник централизованного и одновременно специализированного по различным отраслям государственного управления с разграничением компетенции между отдельными ветвями власти⁶, предвосхитив не только практику российской конституционной монархии начала XX в., но и реализацию многих положений Конституции РФ.

Хотя в классификации форм правления Г.Ф. Шершеневич отдавал явное предпочтение конституционной монархии, его трактовка правового статуса главы государства существенно отличалась от правовой реальности начала XX в. По его мнению, верховная власть должна принадлежать совместно царю и народным пред-

¹ См., например: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник торгового права (по изд. 1914 г.) / Вступ. ст. Е.А. Суханова. М., 1994; *Он же.* Учебник русского гражданского права. В 2 т. / науч. ред. В.С. Ем. М., 2005; *Он же.* История философии права. СПб., 2001.

² См., например: *Желдыбина Т.А.* Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2007; *Шигабутдинов Р.Р.* Политико-правовые воззрения, общественная и научно-педагогическая деятельность Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.ю.н. Казань, 2009; *Кодан С.В.* Юридическое наследие: Г.Ф. Шершеневич. О чувстве законности // Российский юридический журнал. 2005. № 4. С. 144—153.

³ См., например: *Завидов Б.* Авторский договор в дореволюционном праве России // Интеллектуальная собственность. 2000. № 3. С. 42—47; *Мерзликина Р.* Становление и развитие авторского права в России (некоторые теоретические и практические проблемы) // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2005. № 6. С. 24—36; *Дильнова З.М.* Предпринимательство в структуре гражданского общества современной России / под ред. Н.В. Шахматовой. Саратов, 2006.

⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Конституционная монархия. М., 1906. С. 18, 32—37.

⁵ *Байтин М.И.* Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд., доп. М., 2005.

⁶ *Шершеневич Г.Ф.* Общее учение о праве и государстве. М., 1908. С. 34.

ставителям¹. В этом смысле можно говорить, что Г.Ф. Шершеневич предвосхитил современную правовую реальность, в которой верховная власть совместно осуществляется президентом и федеральным собранием, оба из которых обладают и законодательными, и исполнительными, и судебными функциями.

Г.Ф. Шершеневич критикует чисто юридические определения государства, предлагая вводить социологический компонент в его понимание. При этом государство трактуется через категории силы и воли². В какой-то мере указанная трактовка находит свое отражение в преобладающих до сих пор подходах к сущности государства как к воле. Проблематика использования силы также до сегодняшнего момента находится в сфере внимания современных правоведов.

Исследования в области философии права, предпринятые ученым, также остаются актуальными для современной юридической науки. В частности, хорошо известное в наши дни различие содержания и сущности права также затрагивалось в работах Г.Ф. Шершеневича³. К сожалению, не все его предостережения учитываются современными авторами. В частности, априоризм, догматичность, с одной стороны, а также излишний социологизм — с другой, так или иначе можно признать достаточно характерными для целого ряда современных исследований.

В то же время представления ученого о праве нельзя полностью отождествлять с позитивистскими и нормативистскими. Несмотря на рассмотрение государства как основной силы, творящей право, Г.Ф. Шершеневич критически относится к излишней догматизации, характерной прежде всего для отраслевых наук. В этом плане, несмотря на позитивистскую парадигму, он предвосхищает ряд идей, которые в настоящее время часто высказываются представителями отечественного правоведения, в частности, касающихся формирования интегрального правопонимания⁴. Однако Г.Ф. Шершеневич, в отличие от ряда представителей интегрального правопонимания в сегодняшний момент, остается убежденным противником теории естественного права. В своей критике слабых сторон указанной теории нынешние ученые приводят часто аргументы, которые были характерны для него, в частности о вредном влиянии концепции естественного права на законодательство, практику его применения, подрыв законности в обществе⁵.

Позитивизм ученого «разбавлен» также его философско-правовыми изысканиями и установками, в частности, касающимися того, что право необходимо исследовать не только таким, какое оно есть в законодательстве, но и ставить проблему идеального права.

Г.Ф. Шершеневич одним из первых обосновал необходимость компаративного изучения правового развития и пришел к выводу о взаимном влиянии си-

¹ Шершеневич Г.Ф. Программа конституционно-демократической партии в общедоступном изложении. Казань, 1905. С. 7.

² Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. 2-е изд. М., 1911. С. 35.

³ Шершеневич Г.Ф. Общее учение о праве и государстве. М., 1908. С. 144.

⁴ Немытина М.В. Проблемы современного правопонимания. Современные методы исследования в правоведении / под ред. М.И. Матузова и А.В. Малько. Саратов, 2007. С. 115–116; Ершов В.В. Выступление в Министерстве юстиции РФ 1 декабря 2008 г. Роль и значение доктрины в формировании правового государства» в формате научно-практической конференции. С. 3 (URL: www.raj.ru).

⁵ См., например: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 6-е изд. СПб., 1907. С. 65 (ср.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). 2-е изд., доп. М., 2005. С. 129).

стем права, что противоречило широко распространенной в то время идее о рецепции римского права как основном пути развития европейских континентальных и российской правовой систем¹ и было близко к идее культурного диалога, разрабатываемой Московско-Тартуской школой семиотики культуры². Применительно к праву данная проблематика преимущественно поднимается в рамках культурологических исследований правовой реальности³.

Обращаясь к проблемам систематизации права, как наиболее высокого уровня развития национальной правовой системы, Г.Ф. Шершеневич сформулировал один из принципов кодификации — своевременность, от которого зависит ее эффективность⁴. Данный принцип был широко реализован как в советской кодификации, особенно в начале 1920-х гг.⁵, так и в кодификационных работах середины 1990-х гг.⁶ Однако в последнее время кодификация стала рассматриваться законодателем не столько в контексте повышения эффективности правового регулирования, сколько с точки зрения эффективности законотворческой работы, что прослеживается как на законодательном уровне, так и доктринальном, особенно в связи с правотворческой деятельностью последнего состава Государственной Думы.

Таким образом, думается, что очень многое из научного наследия Г.Ф. Шершеневича сохраняет актуальность в наши дни. Представляется, что его концепция «смягченного» позитивизма должна быть востребована современной наукой, с упорством продолжающей в большей степени ниспровергать устоявшиеся авторитетные теории, чем разрабатывать новые плодотворные пути решения стоящих перед наукой и практикой проблем. В частности, на базе воззрений ученого вполне возможна некоторая корректировка некоторых интегральных представлений о праве, в рамках которых делаются попытки эклектично соединить социологическую, естественно-правовую и нормативную теории права. Работки Г.Ф. Шершеневича еще раз доказывают нам, что априори исследовательские установки правоведов до настоящих дней остаются позитивистскими не в плане отождествления права и закона, а в смысле необходимости ориентироваться на прикладные, практико-ориентированные исследования. Наследие ученого может помочь в выработке видоизмененных позитивистских методологических подходов, не отрицающих возможность заимствования методов из арсеналов иных гуманитарных наук, развивая неклассические критерии рациональности при отсутствии однозначного отрицания позитивистской парадигмы юридического мышления.

¹ Шершеневич Г.Ф. Революция и гражданское уложение // Право. 1906. № 1. С. 11.

² См., например: Лотман Ю.М., Успенский Б.А. Миф — имя — культура // Уч. зап. Тартус. ун-та. Тарту. 1973. Вып. 308. С. 282—303.

³ См., например: Гусейнов А.И. Право как феномен культуры: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007; Гриценко Г.Д. Право как социокультурное явление (философско-антропологическая концепция): автореф. дис. ... д. филос. н. Ставрополь, 2003.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Очерки по истории кодификации гражданского права. Ч. I: Франция. Казань, 1897. С. 38.

⁵ См.: Новицкий И.Б. История советского гражданского права. М., 1957. С. 98—99.

⁶ Систематизация законодательства как способ его развития / И.В. Гельтман-Павлова, Н.Ю. Ерытьева, Е.Н. Салыгин и др.; отв. ред. В.А. Савицкий. М., 2010. С. 39—47.

В.И. Кресс,д.ю.н., профессор, зав. кафедрой теории права,
Тверской государственной университет

У истоков конституционного правопонимания: философия права Г.Ф. Шершеневича*

Утверждение конституционного правопонимания в России сопровождается не вполне корректными критическими суждениями. Недостоверными, в частности, называют генеалогические отсылки конституционного правопонимания к традиции отечественного правоведения¹. Мы убеждены, что соответствующий вектор онтологических исканий действительно присущ многим ученым «золотого» периода российской юриспруденции. Сюда следует отнести и Г.Ф. Шершеневича, утверждавшего актуальность *философии* положительного права, равно чуждой и метафизической интуиции, и вариациям на тему естественного права. Обозначенные им задачи прямо соотнесены с теми, которые должны быть поставлены в контексте *конституционализации* российской правовой системы². Применительно к подсистеме позитивного права речь идет о процессе надлежащего *объективирования* и *оформления* национальной правовой материи *во всех* конституционно признанных и допустимых для нее спекулятивных и материально-письменных формах. Единственным субъектом конституционализации выступает Конституционный Суд РФ, что не умаляет значения и необходимого *участия* других институтов. В их число входит *вся* юридическая наука, без усилий которой вряд ли возможны выявление конституционного содержания в институтах отраслевого законодательного регулирования и конкретизация статусов субъектов правоотношений³. При этом конституционное правопонимание открыто (в духе посылы к интегральной юриспруденции) для субсидиарного подключения любых теорий, которые *на деле* стремятся к обоснованию синтетической целостности права.

В трудах Г.Ф. Шершеневича находим важную для обозначенной проблемы мысль о «тайной» адогматичности всякой философии, какой бы догме она «не служила»⁴. Подлинная философия никогда не смирится с рамками свободы усмотрения и всегда будет искать самое главное *для себя*. Если же речь идет о философии права, то «для себя» означает *для права*, поскольку таковое есть особого рода и в особой «системе координат» оформленная мысль, высказывание, суждение. Потому и философия права положительного, т.е. государственными велениями определенного

* Статья подготовлена в рамках международного проекта РГНФ и НАН Украины. Проект № 12-23-02002.

¹ См.: Варламова Н.В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С. 115–118.

² См.: Кресс В.И. Конституционное правопонимание // Право Украины. 2011. № 1. С. 276–289.

³ См.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011. С. 237–240.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учеб. пособие. В 2 т. Т. 1. Вып. 1. М., 1995. С. 9–10.

(нормативно оформленного), — также с неизбежностью выйдет и за рамки такой «постоянной формы»¹, и за границы позитивистской догматики.

Формулируя задачи философии права, Г.Ф. Шершеневич подчеркивает пагубность отраслевой разрозненности практически сориентированного правоведения. Теперь уже (т.е. в начале XX столетия), писал он, «нет более юристов, а имеются только цивилисты, криминалисты, государствоведы, процессуалисты, канонисты... При таком развитии специализации получается опасность для каждой юридической науки, во-первых, в возрастающей ограниченности поля зрения на правовой порядок общежития и, во-вторых, в возрастающей ограниченности задачи изучения отдельных норм вне связи с оценкой общественного значения права... Какой интерес имеет изучение сменяющихся с большей или меньшей быстротой политических форм и *юридических норм*, когда для исследователя непонятно то *постоянное*, что скрывается под сменяющимся, та *общественная цель*, которой служат и служили нарождающиеся и отмирающие формы. Плоха юридическая практика, не подкрепленная теоретическим светом, как и безжизненна теория, не вытекающая из практики. Законодатель и *судья* действуют слепо, пробираются ощупью среди сложной общественной жизни»² (выделено нами. — В.К.).

Такой подход (и патетика) отсылает к поиску правового идеала. С очевидностью предполагается, во-первых, нечто постоянное и одновременно общее для государства и права; во-вторых, что это общее — есть также цель, которой должны служить и законодатель, и *независимый судья*; в-третьих, что искомое должно быть наглядно оформлено, представлено, высказано. Фактически тем самым определяется конституционное форматирование права, хотя для Г.Ф. Шершеневича понятие разрозненности нетерпима сама по себе, как таковая, безразлично к тому, в частности, что понятие *права* (! — В.К.) мыслится разработанным в «гражданском правоведении», а понятие правонарушения — в «уголовном правоведении»³. При подобном «горизонте» суждений их статус неизбежно понижается до уровня служебной аналитической юриспруденции, или — как соглашается ученый — «общей теории права». Однако включение в «объем» правоведения политики права, обеспечивающей его телеологическую консолидацию, задает конституционную перспективу. Цели (принципы, базовые установки) специальных юридических наук у Г.Ф. Шершеневича удивительно современны и конституционны, как «отражения чего-то цельного, скорее чувствуемого, чем создаваемого»⁴. Понятно, что в российских имперских реалиях они и не могли быть чем-то более наглядным и положительным. Но даже сегодня некоторые из «традиционно» мыслящих цивилистов, могут и не согласиться, например, с приоритетом интересов более слабого контрагента гражданского правоотношения, а многим административистам потребуются усилия, чтобы связать свой предмет и метод правового регулирования с целью содействия благосостояния граждан. Тогда как с позиций конституционного правопонимания упомянутые цели и принципы представляются вполне адекватными и актуальными, но являются они не отраслевыми *только*, а прежде всего — конституционными, поскольку выдвигаются и утверждаются как достоверные (нор-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: учеб. пособие. В 2 т. Т. 1. Вып. 1. М., 1995. С. 236.

² Там же. С. 20–21.

³ Там же. С. 21.

⁴ Там же.

мативно значимые) в практике российской конституционной юстиции. И разве не служит отсылкой к концепту конституционного правопонимания фактическое признание Г.Ф. Шершеневичем необходимости для каждого ученого-юриста интуитивно-чувственного *предпонимания* того должного, которое и нужно — посредством техники конституционной интерпретации — выявить и заключить в логически непротиворечивую конструкцию системы права?

Пока из отечественных теоретиков права, вероятно, только В.В. Лазарев признает качественное перерождение современного права, предполагающее его перманентную конкретизацию в связи с практикой конституционной юстиции¹. На этом фоне даже «позитивист» Г.Ф. Шершеневич выглядит более открытым для философско-конституционной интеграции актуальных правовых смыслов. *Номинальный* приверженец примата государства над правом был убежден, что «теория права должна начинаться с антропологического момента», что правовые отношения эссенциально связаны с ценностями человеческой жизнедеятельности, а философия права, определяя свои практические цели, должна «черпать свои положения в этическом источнике»². Согласимся, что для этатистского произвола в законодательстве при таком подходе места не остается. Однако внести конституционное единство «в понимание целей и средств их достижения»³ Г.Ф. Шершеневич по объективным причинам не мог. Разделяя «тоску правоправления по идеалу», он *вынужденно* относил к *прошлому* философии права этап буржуазно-либеральных идей народного суверенитета, «конституционализма и неотчуждаемых прав, всеобщего равенства перед законом и неприкосновенности личности», которые способствовали «укреплению новых начал политического быта, основанных на политической свободе и юридическом равенстве», но «не обеспечили человеку действительной свободы»⁴. В его образе позитивного права не было *неотчуждаемых непосредственно действующих* прав и свобод человека, которые законодательными решениями и нормативными конструкциями не устанавливаются и в них не «вмещаются». Вырабатывая «высшее и основное понятие права», ученый не смог предугадать правоустанавливающего события международного признания таких прав и свобод. В его констатации того, что «право, в целом, есть понятие социологическое, а не юридическое»⁵, не достает *одного* верного слова: право есть понятие конституционное.

Отдельного внимания в этой связи заслуживает и позиция Г.Ф. Шершеневича по вопросу о конституции. Вопреки известным доводам «социологической схоластики» (Лассаль и др.) он подошел к осознанию уникального значения писаной конституции, которая не может быть сведена к «клочку бумаги» и исключает успех облачения государственного этатизма в «пустую внешность конституционализма». *Форма* эта дает власти необходимую поддержку общественного мнения (конституционная легитимация) и, как таковая, обнаруживает способность противодействовать властному произволу: *власть не может игнорировать конституцию*⁶.

¹ См., в частности: Лазарев В.В. Конкретизация права: понятие и пределы // Избранные труды. В 3 т. Т. II: Пробелы в законодательстве: установление, преодоление, устранение. М., 2010. С. 483–495.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 27.

³ Там же. С. 25.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. История философии права. 2-е изд. СПб., 1907. С. 24.

⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. С. 23, 27.

⁶ Там же. С. 201–202.

Научные «дерзновения и покорности» Г.Ф. Шершеневича останутся яркой страницей в истории восхождения отечественного правоведения к конституционному идеалу. Современный же правовед конституционно призван верить в достоверность конституционных идеалов и посильно служить повсеместному обеспечению конституционного должного.

Д.В. Кушнерук,
аспирант МФЮА,
ЗАО «Компания «Аэроком» (г. Москва)

Делегирование прав через призму конвергенции публичного и частного права

Повышение эффективности гражданского права, его оптимизация невозможны без познания исторически сложившихся подходов к построению юриспруденции, оценке ее роли в системе социального управления¹, а также анализа практики его применения.

Как мировому, так и российскому законодательству, в частности, присущи тенденции конвергенции публичного и частного права. Наша страна подверглась революционным изменениям в юриспруденции в связи с переходом государства на новые экономические отношения и его масштабной децентрализацией в 1990-х годах. Отражающий советское право четко очерченный дуализм отделился, проблема отсутствия регулирования возникшего комплекса отношений решалась в существенной доле путем заимствования норм из иных правовых систем², о последствиях чего писалось неоднократно.

Публичное и частное право находит свое выражение в поставленных задачах. Автономия частных лиц, подкреплённая диспозитивностью, утрачивает правовое значение за пределами сферы действия частных начал, освобождая место для императивного регулирования, для действия публичных начал, нацеленных на защиту интересов общественных. Частное право, по оценке С.С. Алексеева, — это юридическая сфера, непосредственно не зависящая от усмотрения власти. Оно, стало быть, в демократическом обществе, при достаточно развитой юридической культуре, и есть один из элементов права, позволяющих юридической системе возвыситься над властью³. Таким образом, частные начала в процессе — это условия, в которых основанная на правомерном использовании норм права воля сторон доминирует над властью государства.

В общей тенденции увеличения влияния частноправовых начал на публичные, равно как и такой необходимости⁴, можно считать заключение многих западных

¹ Курочкин С.А. Частные и публичные начала в системе гражданского процесса. М., 2012.

² См.: Коршунов Н.М. Частное и публичное право: проблемы формирования основ современной теории конвергенции // Журнал российского права. 2010. № 5.

³ См.: Алексеев С.С. Философия права. М., 1998. С. 109.

⁴ См.: Балданов Э.Б. Делегирование должностных полномочий в органах внутренних дел. М., 2008.

авторов, что гражданское право является «сердцем» материального права¹, более чем справедливым, что также подтверждается путем дифференциации последних. При этом основной принцип частного права — увеличение объема обязанностей пропорционально объему имеющихся прав. Особенно отчетливо влияние частно-правовых принципов на публичные отношения прослеживаются в США. Путь, выбранный в целях достижения исполнения гражданских прав и защищенности от возможного произвола со стороны власти, обеспечивается за счет закрепления личной ответственности представителей исполнительной власти², т.е. прослеживается четкое различие подходов в правовых системах: в РФ, с одной стороны, закрепляются права, а в США, с другой — обязанности. Аналогичный подход присутствует также и в Германии, а в также большинстве европейских государств, входящих в состав романо-германской группы³, включая страны, полностью или почти полностью имплементировавшие его, например Японию.

Отсутствие реальных инструментов контроля органов исполнительной власти по сути ущемляет права лица в части защиты и пользования своими правами. Складывается впечатление, что коррупция является не издержкой управления в РФ, а ее формой, в связи с чем принимаются законы, способствующие именно такому положению вещей. Например, игнорирование прямых обязанностей со стороны сотрудников ФССП в рамках обеспечения исполнения решений суда сегодня стало обыденностью. Особенно интересно выглядят лимитированные административные штрафы, накладываемые на должностных лиц, на фоне миллионных имущественных споров (существует уголовная ответственность ст. 315 УК РФ, но в то же время существует мертворожденная ст. 177 УК РФ). Такое положение вещей откровенно стимулирует коррупционную деятельность. По положительным судебным решениям в рамках обжалования действий должностных лиц, исполняющих свои функциональные обязанности в бюджетных учреждениях, априори отсутствует личная имущественная ответственность за нарушение регламента или должностных обязанностей; бремя компенсации ущерба, нанесенного деяниями (действиями, бездействиями) должностных лиц, перекладывается на плечи налогоплательщиков — граждан страны, а также на практике затягивается компенсация средств по судебным издержкам. К сожалению, список смежных пробелов законодательства на практике перечисленными примерами не ограничивается. При всей очевидности масштабов ущерба, который наносится гражданскому обществу, на сегодняшний день ситуация складывается от обратного: оставляя латентными истинные причины под предлогом чуть ли не склонения РФ к отказу от суверенитета, манкируются требования ЕСПЧ (при том при всем, что официально Россия подписала и ратифицировала Европейскую конвенцию), число обращений в чей адрес неуклонно растет с каждым годом, что в свою очередь мировым сообществом расценивается как провокация — провокация исключения государства из состава

¹ См., например: *Merryman J.H., Perez-Perdomo R. The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3rd ed. Stanford, 2007. P. 112.*

² U.S. Department of Justice National Institute of Corrections. 3rd ed: *Civil Liabilities and other Legal Issues for Probation/Parole Officers and Supervisors*. Washington DC, 2001; 106th United States Congress, 2nd Session. Government authority in the USA. Washington DC, 2000.

³ *Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1998.*

Совета Европы. Принимая во внимание, что одна из фундаментальных задач мировой юриспруденции — соблюдение законных прав и интересов, отказ признанных мировых положений не способствует формированию гражданского государства. Скорее наоборот, когенерация — один из наиболее эффективных способов достижения цели.

Можно выделить следующую задачу, требующую коренного пересмотра подходов к формированию полноценного гражданского общества: искоренение зависимых (вопреки конституционно закрепленным принципам) отношений между правотворческой и исполнительной ветвями власти (именно состояние отношений между законодательной и правоприменительной властью является показателем социального развития общества, степени его авторитарности или демократичности, преобладания личных прав над общественными при абсолютном равенстве всех членов общества перед законом) и как следствие — незащищенности граждан РФ от произвола со стороны последней ввиду ангажирования к вынесению на рассмотрение антигражданских законопроектов и к принятию недобросовестных законов (из последних: предложение по организации офшорных зон на территории Дальнего Востока, перенос приватизации), стимулирующих развитие юриспруденции на основании искаженных цивилистических принципов, укреплению антигражданских и репрессивных взаимоотношений между государством и гражданином.

Е.В. Лунева,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Научные взгляды Г.Ф. Шершеневича о частном и публичном праве

Научные воззрения авторитетного правоведа, профессора торгового и гражданского права Г.Ф. Шершеневича предугадали многие споры и дискуссии современных цивилистов. Так, проблема соотношения и поиска баланса частных и публичных интересов в гражданском законодательстве продолжает оставаться актуальной и в наши дни¹. Поэтому не только для цивилистики, но и для всей правовой науки в целом ценность представляют выводы Г.Ф. Шершеневича, связанные с разделением права на частный и публичный блоки.

Дело в том, что само деление права на частное и публичное известно еще со времен древнеримских юристов. Однако до сих пор остается не решенным вопрос о критерии такого деления. В основу различия ученые кладут либо содержание юридического отношения, либо порядок их охраны, т.е. отличительным призна-

¹ При введении запроса электронная библиотека «выдает» 44 диссертационных исследования по юриспруденции, в названии которых фигурирует «частное и публичное», кроме того, имеется колоссальное количество диссертаций, главы и (или) параграфы которых посвящены соотношению публичного и частного в различных областях законодательства.

ком является или материальный, или формальный моменты¹. Свои сильные и слабые стороны есть у обоих подходов. Критикуя и материальную, и формальную теории, Г.Ф. Шершеневич считал, что это исторически сложившееся различие скорее создается инстинктивно, чем основывается на точных признаках².

С точки зрения материального момента различия обнаруживаются в охраняемых правом интересах. Несмотря на то, что этот взгляд является наиболее распространенным, Г.Ф. Шершеневич обращает внимание на принципиальную трудность разграничения частного и публичного интереса. Ученый указывает, что «общее благо разлагается на сумму частных интересов и это дает основание утверждать, что общественные интересы охраняются правом настолько, насколько они в состоянии обеспечить благоденствие частных лиц»³. Стало быть, охраняя интересы отдельных лиц, государство осуществляет охрану интересов всего общества.

В формальной теории в основе деления частного и публичного права лежит порядок охраны интересов. Разграничение находится в зависимости от того, кому принадлежит инициатива защиты нарушаемого права — конкретному лицу или она идет со стороны государства. Однако, несмотря на то, что формальный момент построен чисто на юридическом начале Г.Ф. Шершеневич обнаруживает в ней существенный недостаток: эта теория предполагает, чтобы в законодательстве были точные указания на то, кому должна принадлежать инициатива защиты, однако «в многочисленных случаях никаких указаний на это обстоятельство не имеется»⁴.

Анализируя подходы к делению права на частное и публичное, профессор выводит суждение о том, что разграничение все же может быть построено с точки зрения материального момента, но только на различии отношений, а не прав⁵; поскольку в любом юридическом отношении можно найти различия общественного и частного значения⁶. Поэтому частное право ученый определял как «совокупность норм права, регулирующих частные отношения в государстве, а публичное права — как совокупность норм права, регулирующих общественные отношения в государстве»⁷.

Дальнейшие исследования Г.Ф. Шершеневича, связанные с дифференциацией благ, позволили ему сформулировать вывод о том, что «различие общего блага и частного, является наилучшим и единственным верным критерием для разграничения области публичного и частного права, что частный интерес составляет характеристический признак частноправовых отношений»⁸. На основании чего под предметом гражданского права он понимал ту часть отношений, которые скла-

¹ Детальный анализ материальной и формальной теории см.: *Черепяхин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве // Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 94–120. (Классика российской цивилистики)

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 24. (Классика российской цивилистики)

³ *Шершеневич Г.Ф.* Понятие о гражданском праве. Казань, 1898. С. 7.

⁴ Там же. С. 11.

⁵ Там же. С. 15.

⁶ *Шершеневич Г.Ф.* К вопросу о сущности гражданского права. Б.м., б.г. (книга без обложки и титульного листа). С. 18.

⁷ *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1911. С. 161.

⁸ *Шершеневич Г.Ф.* К вопросу о сущности гражданского права. С. 19.

дываются между отдельными участниками по поводу их частных интересов. Эти умозаключения позволили очертить область исследований гражданского права, которая у Габриэля Феликсовича определяется тремя данными: (1) правовые отношения, (2) частные лица как субъекты отношений; (3) частный интерес как содержание отношений¹.

В настоящее время при конвергенции частного и публичного права указанные научные выводы дают импульс для определения того правового блока (публичный или частный), к которому будут отнесены те или иные общественные отношения, и как следствие помогут выбрать надлежащий способ их правового регулирования. Так, в сфере отношений, объектом которых является земельный участок ООПТ, частные интересы² могут возникнуть в связи с возможностью его хозяйственного использования в рекреационной, научной, культурной, оздоровительной деятельности. Тогда речь пойдет о земельном участке ООПТ как о частном благе. Остальная же часть отношений по охране ООПТ как общего блага будет мотивироваться публичным интересом и попадать в сферу действия публичного права.

Кроме того, Г.Ф. Шершеневич обратил внимание на то, что между частным и публичным правом нет безусловной четкой границы и быть ее не может³, что не умаляет самого такого деления. Ученый продолжает, что все сводится к определению того, где находится разграничительная линия, образовавшаяся исторически и подлежащая изменению во времени применительно к перестроению общественной жизни⁴. Так, в разные эпохи публично-правовые отношения становятся частноправовыми, и наоборот⁵. Например, после устранения в России исключительной государственной собственности на землю отношения по обороту земельных участков, включая и те, которые расположены в границах ООПТ, стали частноправовыми.

Граница между частным и публичным правом и сегодня остается размытой. Ее размытость усиливается благодаря появлению и увеличению числа комплексных отраслей и институтов права, которые сами по себе не могут быть отнесены ни к первому, ни ко второму блоку, чего нельзя сказать об отдельных нормах таких совокупностей. Например, земельный участок ООПТ представляет собой комплексный правовой институт, включающий группу правовых норм, одна часть которых относится к гражданскому праву, а другая — к природоресурсному (земельному, экологическому) праву⁶.

Интересна и справедлива правовая позиция Г.Ф. Шершеневича о том, что стремление к значительному передвижению границ между сферами гражданского и пуб-

¹ Шершеневич Г.Ф. К вопросу о сущности гражданского права. С. 19.

² Подробнее о соотношении частного и публичного интереса в сфере отношений по использованию земельного участка ООПТ см.: Лунева Е.В. Публичный и частный интересы в области отношений, объектом которых является земельный участок особо охраняемых природных территорий // Уч. зап. Казан. ун-та. Сер. Гуманитарные науки. Т. 154. Кн. 4. Казань, 2012. С. 108–118.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Понятие о гражданском праве. Казань, 1898. С. 16.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 24.

⁵ О примерах такого перехода см.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. М., 2003. С. 44–47. (Классика российской цивилистики)

⁶ Подробнее об этом см.: Лунева Е.В. Земельный участок особо охраняемых природных территорий как комплексный правовой институт, сочетающий элементы частного и публичного права // Государство будущего: политико-правовой аспект: ст. докл. и выступ. Междунар. науч.-практ. конф. (г. Уфа, 22 февраля 2012 г.). Уфа, 2012. С. 213–215.

личного права может привести к осложнению составления гражданского уложения¹; а тенденция к слиянию некоторых частноправовых норм с нормами публичного права способна затруднить кодификацию гражданского права². В действительности, проводимая в наши дни грандиозная работа по совершенствованию гражданского законодательства сильно затруднена переплетением публичных и частных норм, вводимых проектом федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 27 апреля 2012 г., принятая ГД ФС РФ в I чтении)³. Например, предусмотренный законопроектом перенос части норм из природоресурсных законов в ГК РФ не только ведет к указанному переплетению, но и может ослабить публичный элемент по охране природных объектов.

В заключение отметим, что научные достижения о частном и публичном праве, сделанные Г.Ф. Шершеневичем более 100 лет назад, не потеряли своей значимости. Его выводы с успехом могут быть использованы, в частности, для решения вопроса о внесении в предмет гражданского права отношений, объектом которых становятся новые явления правовой действительности, а также для выбора способа их правового регулирования.

А.М. Мубаракшина,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет,
научный руководитель к.ю.н., доцент З.А. Ахметьянова

Понятие и состав правоотношения в учении Г.Ф. Шершеневича

В процессе реализации права возникают правоотношения — урегулированные правом волевые общественные отношения, участники которых наделены субъективными правами и юридическими обязанностями. В правоотношениях, представляющих собой индивидуализированную правовую связь, конкретизируются предписания юридических норм, превращаясь в права и обязанности персонально определенных лиц, органов организаций.

Правоотношение представляет собой вид или форму, в которую облекается урегулированное правом общественное отношение⁴.

С другой точки зрения, правоотношение — это специфическая форма взаимодействия субъектов права⁵.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Революция и гражданское уложение // Право. 1906. № 1. С. 11.

² См.: Шершеневич Г.Ф. История кодификации гражданского права в России. Казань, 1898. С. 112.

³ <http://www.rg.ru/2012/04/06/gk-popravki-site-dok.html>.

⁴ См.: Иоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: Правоотношение по советскому гражданскому праву. Спорные вопросы учения о правоотношении. М., 2000. С. 665.

⁵ См.: Явич Л.С. Право и общественные отношения. М., 1971. С. 114–129.

Определяется правоотношение и как возникающая на основе норм права индивидуализированная общественная связь между лицами, характеризующаяся наличием субъективных юридических прав и обязанностей, поддерживаемая (гарантируемая) принудительной силой государства¹.

Рассматривается правоотношение и с позиции образования прав и обязанностей как результат реализации норм права в жизни общества².

Интересное мнение высказано Ю.К. Толстым: правоотношение не является результатом правового регулирования общественного отношения, а выступает соответствующим правовым средством воздействия на социальные отношения. «Правоотношение — это посредствующее звено между нормой права и теми общественными отношениями, которые составляют предмет правового регулирования»³.

Огромный вклад в развитие понятия правоотношения внес выдающийся ученый Г.Ф. Шершеневич.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, правоотношения порождаются объективной нормой. Он рассматривал правоотношение только во взаимосвязи с нормой права: «Юридическое отношение находится в тесной зависимости от норм права»⁴. Такая формула означала, что правоотношения немыслимы без права. Следовательно, норма права служит первой реальной предпосылкой правоотношения.

Следующей предпосылкой правоотношения для ученого являлся юридический факт, под которым он понимал всякое обстоятельство, влекущее за собой по закону те или иные юридические последствия⁵.

Г.Ф. Шершеневич предлагал следующую структуру правоотношения: каждое юридическое отношение должно состоять из следующих элементов — субъект, объект, содержание. Так как по своим правовым воззрениям он являлся позитивистом, главное внимание у него сосредоточено на норме права. «Право всегда является в виде нормы. Под именем нормы или правила мы понимаем указание, как должно поступать, чтобы достигнуть той или иной цели»⁶.

Выработанное самой жизнью или установленное законодателем правило регулирует путем принуждения взаимные отношения граждан⁷. В случае неисполнения этого правила действует организованное принуждение, которое имеет целью склонить к требованиям нормы. «При нежелании достичь цели, к которой ведет норма, норма не будет соблюдаться»⁸.

Слово «субъект» в применении к юридическому отношению, писал Г.Ф. Шершеневич, употребляется в двояком значении. Говорят о субъекте юридического

¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права: курс в 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 48.

² См.: *Кечекьян С.Ф.* Нормы права и правоотношения // Советское государство и право. 1955. № 2. С. 24.

³ *Толстой Ю.К.* К теории правоотношения. Л., 1959. С. 31.

⁴ *Лапаева В.В.* Социология права в системе обществоведения // Государство и право. 2000. № 4. С. 82–83.

⁵ *Шершеневич Г.Ф.* История философии права. Вып. 1. Казань, 1904. С. 16–17.

⁶ *Радько Т.Н., Медведева Н.Т.* Позитивизм как научное наследие и перспектива развития права России // Государство и право. 2005. № 3. С. 8.

⁷ См.: *Байтин М.И.* Вопросы общей теории государства и права. Саратов, 2006. С. 114.

⁸ *Шершеневич Г.Ф.* История кодификации гражданского права в России. Казань, 1898. С. 111, 114.

отношения, понимая его или с активной стороны, как носителя права, или с пассивной стороны, как носителя обязанности¹.

Объект права составляет существенный момент, потому что только он оправдывает существование юридического отношения. Поэтому безобъектные права также мало мыслимы, как и права бессубъектные.

«Если под объектом права понимать предмет, над которым господствует управомоченный в силу своего права, то имеется только один род объектов права — это люди. Потому что ведь все права, если исследовать их содержание, не что иное, как господство одного лица над другими». Но если объектом права и могут быть люди, как, например, при рабстве, то нельзя сказать, чтобы только люди были объектами права. При таком взгляде совершенно невозможно провести различие между рабом как объектом права, и должником, обязанным исполнить принятое на себя по договору обязательство².

Субъективному праву логически соответствует установленная объективным правом обязанность. Где есть субъективное право, там непременно имеется и правовая обязанность. Но правовая обязанность может существовать и без соответствующего ей субъективного права.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, всякое юридическое отношение устанавливается между лицами, следовательно, в юридическом отношении как право, так и обязанность должны иметь своего субъекта. Таким пассивным субъектом может быть человек, но может быть и все иное, возведенное объективным правом в роль субъекта, — юридические лица. Но ни в каком случае нельзя говорить о соответствующей праву обязанности вещи параллельно с обязанностью человека. Отношение человека к вещи никогда не бывает юридическим³.

Г.Ф. Шершеневич задавался вопросом: что такое правовая обязанность? И понимал под обязанностью прежде всего сознание связанности своей воли. Человек вынуждается сообразовать свое поведение с предъявленными к нему извне требованиями. Юридически обязанным следует признать того, к кому обращено веление норм права: человек действует не так, как побуждают его собственные интересы, он считает необходимым ограничить себя в возможном фактически осуществлении интересов из-за интересов других. На волю человека, готового действовать по побуждениям своей натуры, оказывает давление фактор, вызывающий в нем сознание своей связанности. Следовательно, в основе правовой обязанности, как и субъективного права, лежит воля пассивного субъекта⁴.

Правоотношение — это центральная проблема права. Таким образом, мы видим, что Г.Ф. Шершеневич внес неоценимый вклад в развитие учения о правоотношении. В частности, безусловно, заслуживает внимания его позиция о прямой взаимосвязи правоотношения с нормой права; о том, что правоотношение — это связь между двумя лицами, между которыми устанавливаются взаимная обязанность и притязание, что правоотношение включает в свою структуру объект, субъект и обязанность.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. III. М., 1912. С. 577.

² См. там же. С. 578.

³ Шершеневич Г.Ф. Юридическое отношение // <http://www.kursach.com/biblio/0020005/91011.htm>

⁴ Там же.

Т.Г. Окряшвили,

ассистент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Методологические и доктринальные аспекты теории частных правоотношений в России

Правоотношение без преувеличения является одной из центральных категорий юриспруденции. Однако правоотношение относится к числу наиболее спорных и «вечно актуальных» вопросов правовой науки. Еще в конце 60-х годов XX в. известный ученый-цивилист Ю.К. Толстой отмечал, что «приходится признать, что коренные проблемы теории правоотношения до сих пор не могут считаться окончательно решенными»¹. С тех пор прошло много времени, написано множество трудов по различным проблемам правоотношения, но споры о правоотношении в научной литературе продолжаются. Почти аналогичное положение и в отраслевых правоотношениях, в том числе гражданско-правовых. При этом следует особо отметить, что учение о правоотношении возникло в рамках гражданского права и только потом вошло в курс теории государства и права².

Рабовладельческая формация, в условиях которой зародилась идея частного права, остро нуждалась в частном праве, поскольку отношения частной собственности на средства производства и основанный на ней экономический оборот требовали надлежащего правового оформления, закрепления в соответствующих институтах, являвшихся юридической основой незыблемости и безопасности прав собственников и стабильности общественно-политического строя³.

Идеи частного права были отражены и отчасти систематизированы в учениях глоссаторов и постглоссаторов, откуда перекочевали в классические работы немецких юристов и распространились по всей континентальной Европе, в том числе и в России⁴. Не случайно римское частное право было воспринято как обитель разума, и его разработка глоссаторами в европейских университетах Болоньи, Равенны, Ломбардии и Прованса долгое время рассматривалась как «право университетов»⁵.

Основательное развитие российского гражданского права началось в эпоху царствования Александра II, после судебной реформы 1864 г. В указанный период, в обстановке бурного капиталистического развития, гражданское право в России проявило свой фундаментальный характер. В это время, и особенно в начале XIX в., в России выдвинулись выдающиеся правоведы-цивилисты. Среди них был и Г.Ф. Шершеневич, научные разработки которого отчасти позволили российской науке занять передовые позиции в мировой цивилистике.

¹ Толстой Ю.К. Еще раз о правоотношении // Правоведение. 1969. № 1. С. 32–34.

² См.: Назаров Б.Л. Социальное право в системе социальных связей. М., 1976. С. 31.

³ См.: Горшунев Д.Н. Частное право в эпоху Античности: формирование идеи // Вестник Академии экономической безопасности МВД России. 2008. № 4. С. 56–60.

⁴ См.: Иеринг Р. Дух римского права на разных ступенях его развития / пер. с 3-го испр. нем. изд. СПб., 1875. С. 356.

⁵ Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 437.

До сих пор проблеме частноправовых отношений должного внимания не уделялось, в большей части учебной юридической литературы нет темы, касающейся гражданских правоотношений.

Правоотношение в целом являлось и является предметом пристального изучения со стороны отечественных ученых-правоведов. Дореволюционная юридическая наука не содержит специальных монографических трудов по теории правоотношения; различные аспекты правоотношения рассматривались либо в рамках обобщающих трудов, либо при изучении других проблем¹.

Г.Ф. Шершеневич под юридическим отношением понимал всякое бытовое отношение, когда и насколько оно определяется юридическими нормами. Юридическое отношение — это только одна сторона бытового отношения, отвлечение от цельного жизненного явления. Отвлеченное от цельного жизненного явления частноправовое отношение представляет собой основанное на юридическом факте соответствие права и обязанности, которые устанавливаются между лицами. Праву соответствует всегда обязанность, — представление об одном неразрывно связано с представлением о другой².

В дальнейшем наиболее полно и системно правоотношение исследовано советскими учеными. В 20–30-е годы XX в. правоотношение считалось главной категорией права и многие ученые-юристы включали ее в содержание права³. При этом правоотношение понималось как ведущий элемент права⁴. Даже отмечалось, что «считать правом только то, что санкционировано государственной властью, это значит не понимать современность»⁵.

Но в середине 30-х годов XX в. с принятием определения права как системы юридических норм, выражающих волю класса, определяемых материальными условиями его жизни, предложенного А.Я. Вышинским, привело к ослаблению внимания исследователей к проблеме правоотношения⁶. В основном изучались некоторые отраслевые правоотношения⁷. И только с возникновением концепции «широкого» понимания права в 50-х годах XX в. начинается новый этап в исследовании правоотношения. С некоторой долей условности можно сказать, что это этап продолжался до 80-х годов XX в. и характеризуется появлением фундаментальных исследований. Это прежде всего работы Н.Г. Александрова, С.Ф. Кечекияна, Ю.К. Толстого, Р.О. Халфиной, Б.Л. Назарова, Ю.Г. Ткаченко и др. Достаточно подробно и глубоко рассматривались проблемы правоотношения и в общетеоретических исследованиях.

Новейший этап в исследовании правоотношения начался в 90-х годах XX в. и продолжается по сегодняшний день. Он отличается методологическим плюрализмом и переоценкой некоторых выводов.

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 137–165; Муромцев С.И. Определение и разделение права. М., 1879. С. 59–93; Петражицкий Л.И. Теория государства и права в связи с теорией нравственности. Т. 2. СПб., 1895. С. 45.

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М., 2005. С. 55.

³ См.: Исаков В.Б. Социалистические правовые отношения // Проблемы теории государства и права / под. ред. С.С. Алексеева. М., 1989. С. 59.

⁴ См.: Разумовский И.К. Детские и старческие болезни в правовой теории // Под знаменем марксизма. 1925. № 5–6.

⁵ Попов А.М. Основные течения марксистской юридической мысли. Новочеркасск, 1925. С. 25.

⁶ См.: Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1938. С. 37.

⁷ См.: Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Л., 1949. С. 435.

Такая достаточно насыщенная история изучения правоотношения не привела к однозначным результатам. Более того, наиболее важные аспекты правоотношения и по сей день, остаются спорными.

Пожалуй, наиболее сложным и запутанным аспектом правоотношения является его предмет и соотношение с другими общественными отношениями. В отношении указанных аспектов в доктрине сложились несколько подходов. Согласно одному из этих подходов, правоотношение – это общественное отношение, урегулированное нормами права. Правоотношением считается реальная социальная связь, которая складывается из фактических поступков, действий по реализации прав и обязанностей¹. Сторонниками данного подхода являлись, в том числе и известные дореволюционные ученые – Н.М. Коркунов, Л.И. Петражицкий. Из современных ученых приверженцем такого подхода является Р.О. Халфина². Правоотношение не может существовать «до» и «вне» общественных отношений. Существование иных общественных отношений наряду с правовыми, конечно, признается, но лишь в тех случаях, когда первые по каким-либо причинам правом не регулируются, а вторые представляют собой общественные отношения, уже урегулированные нормами права³.

Между тем против этой концепции были выдвинуты основательные возражения. По мнению Ю.К. Толстого, приведенное выше определение правоотношения не свободно от весьма существенных недостатков. Основной из них состоит в том, что оно не позволяет раскрыть механизм воздействия права на общественные отношения: не дает ответа на вопросы, как возникает правоотношение, для чего оно возникает, а также в каком взаимодействии находится правоотношение с лежащим в его основе фактическим общественным отношением. Более того, формулируя понятие правоотношения как регулируемого правом общественного отношения, по существу определяется «не само правоотношение, а фактическое общественное отношение, которое лежит в его основе, либо, что еще хуже, исходим из предпосылки, будто фактическое общественное отношение в момент возникновения правоотношения «испарилось» будто. Ученый также отмечает, что «если верно, что правоотношение выступает в качестве юридической формы лежащего в его основе фактического общественного отношения (а с этим как будто все согласны), то нельзя определять правоотношение как само – это фактическое общественное отношение, регулируемое нормами права»⁴. Между тем утверждение о том, что правоотношение является формой фактического общественного отношения, не является безупречным, на что будет указано в дальнейшем. По мнению В.Н. Протасова, одни общественные отношения не могут регулировать общественные отношения; любое общественное отношение содержит в себе поведение субъектов, и если правоотношение – это общественное отношение, то и оно должно иметь внутри себя фактическое поведение. Отсюда делается вывод о невозможности их раздельного существования и воздействия одного на другое⁵. Противниками данного подхода являются также А.Б. Бабаев и В.А. Белов, которые отмечают, что

¹ См.: Исаков В.Б. Указ. соч. С. 274.

² См.: Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 340.

³ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 95.

⁴ Толстой Ю.К. Указ. соч. С. 32.

⁵ См.: Протасов В.Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 142.

утверждения представителей подхода более похожи на постулаты, нежели на научные рассуждения¹. Поэтому авторы делают суровый вывод: «понимание правоотношения как отношения фактические, выделяющихся лишь урегулированными нормами права, является ошибочным»².

К вышеуказанным подходам примыкают и другие проблемы, которые нуждаются в более детальном изучении в рамках специальных теоретических исследований.

Ю.С. Поваров,

к.ю.н.,

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права,
Самарский государственный университет

Проблемы группировки правомерных юридических действий на акты и поступки: история и современность

Одним из достижений таксономической работы, проделанной в рамках учения о юридических фактах, является дифференциация правомерных юридических действий; при этом «корневым» и традиционным доктринальным моментом их разграничения, как правило, выступает критерий волевой направленности (намеренности) на порождение юридических результатов (либо та или иная его модификация). Однако толкование обозначенного критерия (и в содержательном плане, и в аспекте формально-логического «статуса»), а также выводимые группировки юридических действий (в том числе с точки зрения внутривидовых «наборов» юридических фактов) в литературе достаточно сильно разнятся.

Идея размежевания юридических актов и иных значимых для права действий по признаку волевой направленности восходит корнями к трудам Ф.К. фон Савиньи, который подразделил все свободные действия лиц на: а) волеизъявления (юридические сделки), в которых воля «непосредственно направлена на возникновение или прекращение юридического отношения», и б) действия, в которых воля «непосредственно направлена на иные, неюридические цели»³. Трактовка сделки по «формуле» Ф.К. Савиньи стала главенствующей в отечественной литературе (например, Г.Ф. Шершеневич отмечал, что «под именем юридической сделки понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на определенное юридическое последствие»⁴) и, как известно, прочно закрепилась в российском гражданском законодательстве.

Важно подчеркнуть, что приведенная классификация, во-первых, ставит во главу угла объектно-целевой аспект непосредственной волевой направленности и, во-вторых, является не просто двухзвенной, а и дихотомической (деление прово-

¹ См.: *Бабаев А.Б., Белов В.А.* Проблемы общего учения о гражданском правоотношении // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики.* М., 2007. С. 146.

² Там же. С. 148.

³ Цит. по: *Гримм Д.Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Пролегомены к общей теории гражданского права. Т. I. СПб., 1900. С. 1–2.

⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Т. I. М., 2005. С. 195.

дится по одному основанию — наличию или отсутствию у действий «правовой направленности», в результате чего члены деления взаимно исключают друг друга¹). Эти моменты, касающиеся критерия и характера классификации, являются индикативными с позиции научной систематики действий; их признание (учет) или отрицание (пересмотр) выступают в качестве своеобразных различительных «маячков» концептуальных построений.

Последующее развитие научных изысканий шло в русле диверсификации и, соответственно, увеличения видов правомерных действий, противопоставляемых сделкам (Д.Д. Grimm, В.И. Серебровский, М.М. Агарков и др.); причем группировки объективно оказывались несколько синкретичными и лишенными дихотомического начала. Так, М.М. Агарков разбил правомерные действия, отличные от сделок, на два класса: «действия, констатирующие определенные факты, имеющие юридическое значение, независимо от того, направлены ли эти действия на те последствия, которые с ними связывает закон» (впервые назвав данные действия «юридическими поступками»), и «действия, создающие указанные в законе объективированные результаты, имеющие хозяйственное или культурное значение»². Чрезвычайно ценным моментом систематики М.М. Агаркова стало то, что ученый последовательно произвел разграничение правомерных действий и под углом зрения специальных правосубъектных и «сделочных» аспектов (соединив их с сущностной трактовкой соответствующих действий).

«Шагом» в направлении классификационного «упрощения» и, самое главное, снятия логических противоречий стала двухзвенная схематика правомерных юридических действий, обоснованная О.А. Красавчиковым. Критически оценив рубрикации, выведенную М.М. Агарковым, и небеспочвенно указав на то, что она «страдает тем недостатком, что... не имеет единого признака разграничения», ученый разделил правомерные действия «по моменту направленности воли на юридические последствия» на два вида — юридические акты и юридические поступки; в свою очередь поступки, «в зависимости от связи действий... с объектом гражданского субъективного права», были дифференцированы на материальные и нематериальные; «последние очень близко подходят к сделкам», вследствие чего на них «могут быть распространены некоторые положения норм права, касающиеся сделок как таковых»³.

В дальнейшем именно двухчленная классификация правомерных юридических действий (на акты и поступки), основанная на критерии волевой направленности, получила наибольшее распространение. Вместе с тем для ряда ученых (С.С. Алексеев, В.М. Сырых и др.) она оказывается не способной вместить всю палитру значимых для права действий, в связи с чем прибегают к многозвенной, обычно трехчленной, рубрикации (речь в основном идет об обособлении юридических актов, юридических поступков и результативных действий). Многозвенность классификации (а значит, в числе прочего ее изначальная недихотомичность) побуждает авторов

¹ Если, конечно, оставить в стороне вопрос о том, исчерпывают ли цели установления и прекращения правоотношений юридические цели.

² См.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3–4. С. 49–52, 55.

³ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве // Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права: Избранные труды. В 2 т. Т. 2. М., 2005. С. 135, 169, 212, 217–218.

искать новый (либо модернизировать существующий) признак дифференциации. Так, С.С. Алексеев обращает внимание на то, что его классификация «строится по иному классификационному основанию: за исходный берется тот конкретный элемент правомерного действия, с которым связываются юридические последствия»¹. Полагаем, что посыл, которым руководствовался ученый, является в целом плодотворным: перенос центра тяжести на юридическую роль того или иного фактора, хотя и не приводит к созданию завершенной классификации, делает градацию более «осязаемой» и юридически «осмысленной» (явно фиксируется фактологический ракурс, имеющий основополагающее («причинное») правовое значение).

Ни один из классификационных подходов не получил всеобщей поддержки и, пожалуй, не может быть признан полностью безупречным (не нуждающимся в доработке, уточнении и т.п.). Кроме того, теория должна ответить на новые вызовы, связанные с осуществляющимся реформированием гражданского законодательства (на базе Концепции развития гражданского законодательства РФ), в ходе которого в том числе предполагается впервые включить в часть первую ГК РФ общие предписания по поводу согласий на совершения сделки и юридически значимых сообщений; роль науки при этом особо велика, учитывая, что и названная Концепция, и разработанный в ее развитие законопроект хранят молчание насчет того, каково их место в системе юридических фактов.

Думается, что в процессе осуществления дальнейших таксономических разработок уместно принять во внимание следующие положения (по большей части проблемно-постановочного методологического порядка).

1. Необходимость вовлечения в классификационную «орбиту» довольно разнообразных юридических действий (включая действия, влекущие иные, нежели движение гражданского правоотношения, правовые последствия), которое бы сопровождалось «трансляцией» их наиболее значимых в юридическом плане «качеств», нацеливает на дальнейшее «развертывание» систематики через придание ей многоуровневого характера; применительно к первому уровню предпочтительным представляется использование дихотомического разграничительного критерия, придающего делению логическую «чистоту».

2. Учитывая явное «тяготение» к юридическим актам иных юридических действий, не являющихся результативными (т.е. собственно «юридических поступков» в понимании М.М. Агаркова или «нематериальных поступков» в трактовке О.А. Красавчикова), с одной стороны, и очевидную сущностную автономность (обособленность) результативных действий (споры о квалификации которых, кстати, практически не встречаются), с другой стороны, не стоит с ходу отвергать возможность принципиальной «перетасовки» (перегруппировки на первом уровне) юридически релевантных действий (что может быть сопряжено с корректировкой содержания и (или) статуса — приоритетного или подчиненного — критерия волевой направленности). В любом случае должен быть проведен явный критериальный «водораздел» между сделками и иными «сделкоподобными» действиями.

3. Классификация, безусловно, обязана отражать различия юридических действий с точки зрения требований, которые должны предъявляться к их совершению (только в этом случае она приобретает существенное практическое значение).

¹ Алексеев С.С. Общая теория права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 408.

В первую очередь имеются в виду такие аспекты, как: а) круг субъектов, способных к совершению действий (полностью дееспособные лица или нет); б) возможность (невозможность) признания действия недействительным (либо использования иных механизмов его «аннулирования»), а равно правомерность экстраполяции тех или иных предписаний о сделках (помимо норм о недействительности) на иные юридические действия¹.

Сегодня доктрина фрагментарно подходит к даче ответов на указанные вопросы (а законодательство и вовсе устранилось от их решения), при этом в научном мире присутствует «разногласие» мнений. К примеру, если М.М. Агарков и С.С. Алексеев исходят из того, что юридические поступки, в отличие от результативных действий, вправе совершать исключительно дееспособные лица, то, по мнению О.А. Красавчикова, нематериальные поступки («аналог» юридических поступков в версиях М.М. Агаркова и С.С. Алексеева) совершаются, «как правило, только лицами дееспособными» (т.е. не всегда)².

В соответствии со сказанным, поставленный в 1946 г. М.М. Агарковым вопрос «о том, нужно ли и в какой мере распространить на... (юридические поступки. — Ю.П.) положения, которые даны в законе для сделок»³, вовсе не снимается с повестки дня; более того, он приобретает повышенную актуальность в свете отмеченного новеллирования гражданского законодательства.

А.В. Погдин,

к.ю.н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Метод правового регулирования, правовое регулирование и правореализация

Метод правового регулирования, как и правовое регулирование в целом, точнее, социально-правовое регулирование, не существуют сами по себе в отрыве от правореализации.

Социально-правовое регулирование можно разложить в теоретическом анализе на простое и сложное. Сложная его разновидность в динамике состоит из последовательно сменяющих друг друга взаимосвязанных видов правореализационной деятельности. К их числу относятся: 1) *регулирование на макроуровне* той или иной социальной ситуации, возникающего в ее пределе отношения и соответствующей практики (практики выборов, купли-продажи земли и т.п.) в границе компетенции и территории федерации, региона, муниципалитета; здесь уполномоченные субъекты создают абстрактно-общие нормы (объектив-

¹ Например, О.А. Красавчиков допускал распространение на нематериальные юридические поступки положений о форме сделок и исключал применение к ним норм об условных сделках (см.: *Красавчиков О.А.* Указ. соч. С. 217–218).

² Ср.: *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 55; *Алексеев С.С.* Указ. соч. С. 409; *Красавчиков О.А.* Указ. соч. С. 217.

³ *Агарков М.М.* Указ. соч. С. 50.

ное право) и формируется *исходная* нормативная основа для последующего регулирования и правореализации (данная деятельность упорядочивается с помощью процедурных норм и поэтому является разновидностью правореализации); 2) *регулирование на микроуровне*, точнее, ситуационное социально-правовое регулирование, в ходе которого субъекты конкретизируют абстрактно-общие нормы с учетом социальных условий ситуации, интересов и возможностей ее участников и создают индивидуально-определенные нормы (ситуационное право); в результате возникает *непосредственное* нормативное основание для правореализации и завершения регулирования. Особенностью ситуационного регулирования является то, что: а) здесь преимущественно задействуются нормы материального права, происходит их формальная реализация, например, заключение договора кредитования, соглашения о государственно-частном партнерстве; б) эта деятельность также регулируется процедурными нормами и они должны реализовываться соответствующими субъектами в процессе разработки ситуационного права; в) в зависимости от состава и статуса субъектов, специфики социальной ситуации (правореализационной ситуации) оно может быть частным, публичным или смешанным частно-публичным¹; 3) *реализация ситуационного права*, т.е. переход регулирования из потенциальной возможности в состояние реальной упорядоченности: регулируемая ситуация и возникающее в ее пределах отношение начинают функционировать и развиваться в границах поля свободы и ответственности субъектов правореализации; в случае необходимости это дополняется деятельностью субъектов неюрисдикционного правоприменения; 4) *юрисдикционное ситуационное социально-правовое регулирование* – если в правореализации возникает деформация, то сюда «подключается» субъект юрисдикционного правоприменения с целью доведения регулирования до «гарантированного правом результата», а если это не представляется возможным, то легально подтверждается факт прекращения правореализации, устанавливаются виновные в этом и к ним применяются наказания; юрисдикционное правоприменение есть не что иное, как особая разновидность ситуационного регулирования; 5) дополнительно можно выделить деятельность по исполнению наказаний и в целом – по исполнению правоприменительных решений².

Любая выше означенная деятельность имеет статическую структуру, т.е. включает в себя идеологию, субъектов, государственные и негосударственные институты, ресурсы, правовые формы и т.д., в том числе инструменты деятельности и методы (технологии) их применения. Среди методов выделяется метод социально-правового регулирования. Рассмотрим его подробнее. Метод наполняется реальным содержанием (при необходимости фиксируется в форме правореализационного акта), приобретает структуру элемента воздействия на социальную ситуацию и отношения (через них и на конкретную общественно значимую практику в целом), следовательно, становится своеобразной производительной силой в процессе правореализационной деятельности праводееспособного субъекта. Можно сказать бо-

¹ Более подробно о ситуационном праве, правореализационной ситуации см.: Погодин А.В. Элементы теории правореализации. Исследование практики взаимодействия частных и публичных субъектов, права, социокультурной среды. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.

² О механизме правового регулирования в несколько иной интерпретации см: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 216.

лее определенно: нет и не может быть метода социально-правового регулирования, полноценно работающего и способного производить востребованные социумом ценности, вне и помимо правосознания и деятельности правореализатора. Метод только тогда выполняет функцию регулирования социальной ситуации, отношения и практики, когда он разрабатывается и задействуется ее участниками. Профессионально грамотно смоделированный в правосознании, а затем творчески примененный метод (не всегда в полном объеме осознанный и оцененный должным образом субъектом), позволяет действовать особенно в сложной правореализационной ситуации (социальной ситуации) максимально эффективно.

Метод актуален и значим не всегда и не для каждого человека. Его необходимо создавать и использовать — доступно субъекту с высоким уровнем развития правового и нравственного сознания, — когда вводятся в действие новые абстрактно-общие нормы или вносятся существенные изменения в объективное право. Для типичных ситуаций и практик, где эксплуатируются правореализационные стандарты и стереотипы, метод не столь актуален и мало востребован. Хотя даже здесь с учетом постоянно обновляемой и динамично развивающейся практики юрист, творчески задействуя метод, способен в стандартно-типичной ситуации создавать нетривиальный (инновационный) алгоритм поведения и быть лидером-инноватором. Эта а) субъективная, связанная с психофизиологией личности, б) социальная, поскольку правореализация имеет социальную составляющую, в) одновременно правовая, точнее правовая «встроенная» через психику и деятельность личности в социальную практику, природа метода социально-правового регулирования придает ему качества сложноструктурированного объекта познания. Поэтому рассматривать метод сугубо с формально-правовой позиции сквозь призму объективного права (здесь он существует в статике, это даже не метод, а нормативный конструкт метода), да еще так глобально и предельно абстрактно, как это делали корифеи юриспруденции вполне естественно для развития науки и практики своего времени, сегодня допустимо лишь на промежуточном этапе исследования правовой стороны метода. Полученные таким образом знания, несмотря на их несомненную значимость, все-таки односторонне-неполные, они малопригодны для юриста¹. Наоборот, всестороннее (социально-психологически-правовое) теоретическое понимание метода социально-правового регулирования, особенно формирующиеся на этой мировоззренческой основе умения-навыки его применения в сложной правореализационной ситуации, являются компонентой профессиональной компетенции практикующего юриста.

Исходя из содержательной предметно-практической специфики правореализационной деятельности и функции ее участников, надо различать, но не противопоставлять взаимосвязанные: 1) метод субъекта общего нормативного правового регулирования, например, законодателя в процессе разработки и закрепления в форме закона абстрактно-общих норм; 2) метод субъекта ситуационного социально-правового регулирования, например, правореализатора и юриста консультанта, которые в сложной ситуации на основе конкретизации абстрактно-общих

¹ Неудовлетворенность состоянием развития теории метода правового регулирования отчетливо прослеживается среди конструктивно-критически мыслящих исследователей, например, см.: Михайлов А.В. Методы правового регулирования отношений с участием предпринимателей // Уч. зап. Казан. гос. ун-та. Сер. Гуманитарные науки. Т. 152. Кн. 4. Казань, 2012. С. 120.

норм материального права с учетом интересов сторон и условий ситуации создают ситуационное право в форме юридического документа; 3) метод правореализатора и его законного представителя, который реализует в правореализационной ситуации и развивающемся в ее пределе конкретном правовом отношении индивидуально определенные нормы ситуационного права; 4) дополнительно выделяется метод субъекта правоприменения, особенно правоприменителя юрисдикционного юридического процесса, в частности судьи (коллегии судей).

Каждый метод имеет особенности. Это зависит, во-первых, от социальных условий ситуации, интересов и возможностей ее участников, а также внешней среды, в которой формируется данная ситуация (при этом внешняя среда позитивно или негативно, зачастую как позитивно, так и негативно влияет на ситуацию); во-вторых, от содержания требований и установлений комплекса абстрактно-общих норм, адресованных участникам ситуации; в-третьих, от правового и нравственного развития сознания и культуры правореализатора и юриста, если он участвует в правореализации. Вместе с тем есть общие признаки, присущие в той или иной мере любому методу социально-правового регулирования. Выделим в порядке постановки проблемы наиболее очевидные свойства: нормативность; связь со средствами-инструментами; процедурность; ситуативность; проявление внутриотраслевого и межотраслевого взаимодействия правовых норм, адресованных участникам правореализационной ситуации; социально-психологическая природа метода.

А.В. Погодин,

к.ю.н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

А.Л. Шигабутдинова,

к.ю.н.,

ассистент кафедры теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Субъект права и субъект правореализации

В истории юридической науки предлагалось немало трактовок субъекта права (и не осуществлялся актуальный для теории и особенно для практики сравнительный анализ субъекта права и субъекта правореализации). В этом ряду особый интерес представляет позитивистская теория. Многие ее положения, несмотря на их активную критику в прошлом и сегодня, заимствованы современными исследователями и используются в российском законодательстве и правореализации. Основопологающим тезисом данной теории, если отвлечься от несущественных различий в оттенках мнений, является представление о субъекте права как о творении правопорядка, юридической конструкции, генетически связанной с нормами объективного права. Такова, в частности, точка зрения Г.Ф. Шершеневича, полагающего, что «субъект права есть искусственный продукт творчества объективного

права. Человек становится субъектом права не в силу своего человеческого происхождения или нравственного достоинства, а в силу веления объективного права»¹.

Критикуя зарубежных и дореволюционных сторонников позитивизма за формалистическое истолкование субъекта права как суммы юридических качеств (либо просто юридическое качество)², советские и российские ученые свели исследование субъекта права к разработке проблемы правосубъектности — формально-юридического признака субъекта права³, т.е. субъект права рассматривается в виде определенной идеально-должной правовой конструкции, которая, обладая законодательно установленными признаками, обеспечивает «вхождение» участников общественных отношений в социально-правовое пространство в оптимальной с точки зрения общества и государства форме. Подобное понимание субъекта права оправданно и даже неизбежно с точки зрения объективного права — регулятора в статике. Абстрактно-общие, т.е. индивидуально-неопределенные и не конкретизированные нормы права, закрепляющие статутные права, статутные обязанности, статутную ответственность и т.п., обращены к неперсонифицированному субъекту — по сути, к некой обезличенной правовой форме.

Однако формально-юридический подход к субъекту права едва ли применим в правореализационной практике. Правореализация всегда конкретна и ситуационно определена как по субъектному составу и социальным условиям, так и по формально-правовым параметрам. В этой связи целесообразно различать субъектов объективного права (субъект права де-юре) и субъектов правореализации (субъект права де-факто). При этом надо учитывать, что основным и единственным каналом регулятивного воздействия норм права на поведение (и через него на регулируемые общественные отношения) выступает сознание и воля человека. Иными словами, совершение правомерного поступка в той или иной степени всегда осознано, опосредовано психической деятельностью человека, его интеллектуально-эмоционально-волевой активностью.

Сознательно-волевая (для сложной правореализации — высокоинтеллектуальная) природа правореализующего поведения дает основания утверждать, что субъектом правореализации может быть только тот, кто способен понимать характер и значение совершаемых действий, сознательно согласовывать их с требованиями права, делать осмысленный выбор того или иного варианта поведения, а в случае необходимости нести всю полноту ответственности за его результаты. Поэтому в правореализации действуют не обезличенные правовые структуры-фикции (государство, муниципалитет, юридическое лицо, публично-правовое образование), а конкретные люди. Правореализатором может быть только праводеспособный человек, действующий в своем (частный субъект правореализатор) или чужом интересе (публичный субъект правореализатор), либо организованная группа физических лиц (коллективный субъект). В последнем случае от имени и в интересах

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1911. С. 574.

² Мальцев Г.В. Социалистическое право и свобода личности (теоретические вопросы). М., 1968. С. 34.

³ В современной российской правовой науке была предпринята попытка преодоления сложившейся традиции в трактовке субъекта права как правосубъектности и реализации многоаспектного подхода к исследованию субъекта права, охватывающего его понимание как лица (юридической внешности), правовой воли, совокупности правовых связей, отношений, правового сознания, правового деятеля и т.д. (см.: Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование. СПб., 2004).

коллективного субъекта также действует конкретное физическое лицо, обладающее правоспособностью.

Разграничивая таким образом субъектов объективного права (субъект права де-юре) и субъектов правореализации (субъект права де-факто), необходимо подчеркнуть, что важнейшей характеристикой правоспособного физического лица или структурно обособленной группы лиц и ее представителя как единственно возможного субъекта реализации норм права является ситуационный социально-правовой статус. Статус субъекта реализации норм права всегда наполнен конкретным социальным и юридическим (и даже психологическим) содержанием. Это содержание связано и обусловлено спецификой социально-предметного содержания конкретной правореализационной ситуации. Именно здесь формируется ситуационный социально-правовой статус, наполняется реальным содержанием и закрепляется (для сложных разновидностей правореализации) в форме конкретного юридического документа (например, для ситуации трансплантации органа соответствующий договор). Такой документ – правореализационный акт по содержанию есть не что иное, как ситуационное право, в котором фиксируются, получают социально-правовую предметно-практическую конкретизацию взаимные субъективные права и обязанности персонально поименованных сторон, ситуационные запреты и ограничения, объекты-ценности, средства-инструменты деятельности, необходимые для ее эффективного осуществления ресурсы, условия, сроки и порядок (процедура) деятельности. Ситуационное право материализует регулятивный потенциал и юридическую силу норм объективного права, придает им законченную ситуационно-объективно-субъективную структуру реально действующего регулятора, переводит в стадию предреализации и превращает в индивидуальную формально-определенную нормативную конструкцию – предпосылку – условие и мерило правомерности последующего поведения правореализаторов¹.

Таким образом, субъект объективного права (субъект права де-юре) получает статус конкретного правореализатора или участника, становится субъектом ситуационного права и затем реализует его (субъект права де-факто), во-первых, если сложилась правореализационная ситуация высокой степени зрелости, во-вторых, если он обладает необходимым ситуационным социально-правовым статусом и соответствующей правоспособностью; в-третьих, когда у него есть ситуационный интерес (экономический, социальный и т.п.) и потребность получить конкретную ценность – объект, а также формирующаяся на этой основе свобода воли и готовность осуществить волеизъявление; в-четвертых, когда независимо от субъективного желания жизненная ситуация объективно вынуждает его стать правореализатором или участником правореализации, например, свидетель преступления не желает из-за страха сообщать известные ему факты, но вынужден это делать.

Правореализующее поведение конкретного лица всегда опосредовано комплексом индивидуально-психологических черт правореализатора, а также спецификой ситуационных социокультурных условий, в той или иной степени влияющих на его поведение. Системной характеристикой интеллектуально-эмоционально-волевой деятельности и в целом психического состояния субъекта правореализа-

¹ Погодин А.В. Элементы теории правореализации. Исследование практики взаимодействия частных и публичных субъектов, права, социокультурной среды. LAP LAMBERT Academic Publishing, 2012.

ции является интерес. Интерес есть один из важнейших внутренних побудителей правореализующего поведения.

«Право разграничивает интересы, — писал Г.Ф. Шершеневич, — нормирует отношения на почве сталкивающихся интересов, и защита его потому и имеет значение, что оно закрепляет за человеком то, что тот ценит с точки зрения своих потребностей»¹. Правовые нормы определяют кто, когда, при каких условиях, в каких формах, как, в какой последовательности и с помощью каких средств и методов может удовлетворить свой интерес, не выходя за пределы своего ситуационного социально-правового статуса. Поэтому реализация права означает не просто претворение в жизнь предписаний правовых норм, но и удовлетворение воплощенных в них социальных интересов той или иной категории субъектов права. Это порой приводит к конкуренции интересов субъектов права и субъектов правореализации. Субъект, действующий в своем интересе (когда субъект права и правореализатор совпадают), в зависимости от сложившейся правореализационной ситуации может получить как полное, так и частичное удовлетворение своих интересов либо не удовлетворить их вовсе. В том же случае, когда субъект права и правореализатор не совпадают, т.е. субъект правореализации действует в чужом интересе, могут возникнуть коллизии личных интересов правореализатора и интересов представляемого им субъекта права, дающие основание для оспаривания правомерности действий правореализатора. Практическую социально-правовую остроту такая ситуация приобретает, когда публичный субъект правореализатор (государственный и муниципальный служащий, законный представитель юридического лица, публично-правового образования), действующий от имени, например, государственного органа или органа местного самоуправления, использует должностные полномочия в личных (экономических, политических и пр.) интересах, противоречащих публичным интересам соответствующего государственного или муниципального органа.

Ю.С. Решетов,

д.ю.н., профессор,

зав. кафедрой теории и истории государства и права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Взгляды Г.Ф. Шершеневича в контексте соотношения государства и права

Вопрос о соотношении государства и права привлекал немалое внимание ученых-юристов. Не оставил его без определенного внимания и Г.Ф. Шершеневич.

Государство и право целесообразно представить в качестве целостных, относительно самостоятельных образований, которые не могут функционировать друг без друга. Государство — это универсальная политико-территориальная организация суверенной публичной власти, выполняющая общие дела и решающая сугубо классовые и этнические задачи. Право же представляет собой систему общеобяза-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 588.

тельных велений, выраженных в виде государственно-властных предписаний, регулирующих общественные отношения. Эти определения позволяют увидеть их отличия. Государство это властная структура, а право — общеобязательные веления, нормы, регулирующие общественные отношения.

Существуют разные мнения о соотношении государства и права. Существует обоснование примата государства над правом. Так, англичанин Джон Локк рассуждал следующим образом. Люди по природе своей существа жадные, завистливые, а поэтому мирно жить не смогут. Поэтому нужна абсолютная власть монарха, которая находится над законом и обеспечивает порядок в стране. Француз Жан Боден верховенство государства над правом выводил из суверенности государственной власти.

Г.Ф. Шершеневич полагал, что государственная власть неограниченна в проявлении своей силы, она может издать какие угодно законы. Но если юридически для государственной власти нет пределов, потому что она, подобно вершине, высящейся над облаками, стоит над правом, а не под правом, — то, спрашивается, нет ли пределов ее произволу в чем-либо ином, кроме права? Эти границы, по мнению Г.Ф. Шершеневича, даны самими условиями общественной жизни. «Одна граница дана тем, что сами властвующие — сыны своего времени, дети того же общества. Как бы далеко ни отстояли по своему воспитанию и понятиям люди, облеченные высшею властью, все же дух времени, через ряд незаметных путей, воздействует и на них. Границы произвола монарха или членов парламента следует искать в их собственном мировоззрении. От организации государственной власти зависит, ближе ли это мировоззрение к общественному или дальше. Вторая граница произвола государственной власти дана степени готовности населения подчиняться власти. Если государственная власть позволит себе слишком резко переступить пределы того, с чем может примириться народное мировоззрение, то она должна ожидать выражения недовольства со стороны подвластных. Формы этого недовольства могут быть различны — от глухого ропота до вооруженного восстания»¹.

Эти рассуждения мыслителя расходятся с теорией естественного права. Об этом же свидетельствуют его высказывания по поводу изменчивости естественного права. «Как и нравственность, — полагал Г.Ф. Шершеневич, право подвержено изменчивости. То, что у одних народов признается преступным, то у других охраняется как право.

Отсюда ясно, что не существует естественного права, которое бы не подвергалось изменчивости и которое бы не зависело от условий времени и места. В это право верили некогда, в XVIII веке, но наблюдение и история показали, что это просто самообман»².

Соотношение государства и права в немалой степени определяется относительной самостоятельностью государства по отношению к обществу. Государство обретает такую самостоятельность в силу общественного разделения труда, появления разряда людей, профессионально занимающихся управленческой деятельностью. Выделившись из общества и материализуя государственную власть, эти люди оказывают обратное воздействие на общество.

Относительная самостоятельность государства знает разные проявления и не является постоянной величиной. Так, нынешнее кризисное состояние мировой

¹ Общее учение о праве и государстве: лекции Г.Ф. Шершеневича. М., 1908. С. 41.

² Там же. С. 71.

экономики сказывается на его экономической деятельности. А это важное и необходимое условие выхода из финансово-экономического кризиса. Изменяется и социальная деятельность государства. Она становится целеустремленнее, стремится смягчить социальную напряженность, вызываемую экономическим кризисом.

Одним из свидетельств относительной самостоятельности государства является стремление отдельных государственных органов и должностных лиц узурпировать всю государственную власть, взять на себя не свойственные им полномочия. Предупредить это позволяет правовое государство, в котором осуществляется разделение властей. Немалые трудности на пути утверждения принципа разделения властей в России вызваны нашим прошлым советским опытом. Так, Конституция СССР 1977 г. устанавливала, что «народ осуществляет государственную власть через Советы народных депутатов, составляющие политическую основу СССР. Все другие государственные органы подконтрольны и подотчетны Советам народных депутатов». Впервые принцип разделения властей в нашей стране получил конституционное оформление в 1993 г. Конституция РФ закрепила в ст. 10 то, что «государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны». Немалый вклад в дело разделения властей в России должен внести федерализм. Эта форма государственного устройства призвана органично дополнять горизонтальное разделение власти ее разделением по вертикали и тем самым стать важным элементом отечественной «системы сдержек и противовесов».

Разделение властей вносит конструктивный вклад в дело утверждения верховенства закона. Современное правотворчество предстает довольно сложным и многогранным явлением. Оно складывается из основной и производной составляющих. Правотворчеством занимаются разные субъекты права. Основой же правотворчества выступает законодательная деятельность как органическая часть правовой политики российского государства. Закон в силу своей нормативности, публичности, общедоступности играет ключевую роль в правовом регулировании общественных отношений. Закон нецелесообразно ставить в один ряд с другими нормативными правовыми актами. Правовая теория и практика знают широкую и узкую трактовку законодательства. При широком понимании законодательства в него включают не только законы, но и подзаконные нормативные правовые акты (указы, постановления и др.). Узкая трактовка законодательства сводится к законам, которые обладают высшей юридической силой. В Советском Союзе широкое понимание законодательства вело к принижению роли закона, подрывало его верховенство. Формирование российского правового государства предполагает отказаться от широкого понимания законодательства.

В связи с этим отметим следующее. ГК РФ (ст. 3) исключает указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти из состава гражданского законодательства.

При характеристике государства и права, их соотношении нужно учесть следующее. Не всякое законодательное регулирование в содержательном плане можно признать правовым. Законотворческий опыт свидетельствует: законы не всегда согласуются с положениями естественного права, воплощают общечеловеческие ценности, идеалы. Такие законы трудно назвать правовыми, а политику государства, проводимую через них, правовой. Существует и нарушающая правовые законы деятельность. Принимаются как нормативные, так и индивидуальные юридические

акты, противоречащие законам. Это негативно сказывается на развитии государства и права, их соотношении. А это остро ставит проблему укрепления законности.

Законность представляет собой точное и неуклонное соблюдение и выполнение законов всеми субъектами права. Нередко в ряду этих субъектов особо выделяются государственные органы и должностные лица. С этим стоит согласиться, так как от них прежде всего и зависит состояние законности. Поэтому законность возможно трактовать в качестве принципа организации и деятельности государственного аппарата, метода осуществления государственной власти.

В требованиях законности воплощаются важные начала современной государственно-правовой жизни. Одним из таких требований является равенство людей перед законом. Анализ равноправия людей побуждает обратиться к противоречивости правового развития. Одним из противоречий выступает формально-юридическое равенство людей и их действительное неравенство. Право представляет собой систему велений общего характера. Адресуются же они разным, неравным людям. Это противоречие не остается неизменным. Так, в рабовладельческом и феодальном обществе раб, крепостной крестьянин находились в личной зависимости от своего работодателя (рабовладельца, феодала). В таких условиях не могло быть юридического равенства рабовладельца и раба, феодала и крепостного. Буржуазные производственные отношения не знают личной зависимости работника от работодателя, поэтому равенство людей перед законом является примечательной особенностью нового времени, становления гражданского общества и правового государства. В Конституции РФ закреплено: «...государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств» (ст. 19). Такое юридическое равенство людей не снимает противоречия с их действительным неравенством. Однако видную роль в этом противоречии играет правовая политика современного государства. Одной из необходимых составляющих этой политики является признание и защита естественных прав человека.

Р.Ф. Степаненко,

к.ю.н., доцент,

зав. кафедрой теории и истории государства и права,
Университет управления «ТИСБИ» (г. Казань)

Философско-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича и мировоззренческие проблемы современной юридической науки

Изучая творчество одного из основоположников российского позитивизма, известного теоретика права и цивилиста Г.Ф. Шершеневича, внесшего значительный вклад в развитие гражданского законодательства России, отдельное внимание необходимо уделить его философско-правовой концепции, развиваемой в зрелом периоде его научно-исследовательской деятельности.

Мировоззренческая стратегия Г.Ф. Шершеневича, стремящаяся к предельному обобщению взглядов и представлений о первостепенных, исходных началах познания сущности и содержания права, редуцирует его научную мысль в сферу философских обоснований данного феномена. Свое стремление обогатить и усовершенствовать правоведение, правотворчество и правоприменительную практику путем устранения исторического научного синкретизма между философией и правом, Г.Ф. Шершеневич обосновывает необходимостью получения обобщенного знания о праве, получаемого при содействии «Ее величества философии»¹, стоящей «не рядом, а над другими» областями научного познания. С точки зрения специальной, по мнению автора, задачи философии — «построение цельного мирозерцания»², этой сфере научных знаний отводится особая роль в эволюции юридической науки.

Что касается философии права, то эта область науки, по мнению Г.Ф. Шершеневича, является частью философии вообще, но в то же время отличается от нее своими задачами, целями и методами исследования. Рассматривая континуальность процессов первоначального отождествления философии права с естественным правом в отечественной науке, автор называет эти самостоятельные концепции «величинами разных измерений» и высказывает ряд критических суждений относительно преувеличения роли последней³, особенно для юридического позитивизма.

По мнению автора, именно философия права должна выяснить, что такое право вообще, каковы его источники, методы разработки норм права и т.д. Теоретическая задача этой науки состоит «в критическом исследовании всех тех главных понятий, которые лежат в основе юридической науки и которые принимаются ими большей частью догматически: это понятие о праве, его образовании и формах, о законе и кодификации, о государстве и государственной власти, о юридическом отношении, о договоре, о преступлении и наказании, о применении норм права, о методах их научной разработки и некоторые другие»⁴.

В то же время философия права в его концепции (общая теория права (догма права) политика права и история философии права) не должна формировать иного, чем юридическое содержание категорий. Ее задача заключается в познании природы, выявлении общих и отличительных признаков правовых феноменов, которые имели и имеют в разные исторические периоды и в различных государственных устройствах собственные определения права, государства, правонарушения, преступления и т.д. Это поиск общего и необходимого — как основных и высших понятий в правоведении⁵.

В авторском видении данной проблемы проявляется озабоченность разрозненностью философии права и юридических наук, которая обусловлена отсутствием взаимосвязи этих областей знаний. Однако в работе отмечается не только регрессивность этой коммуникации, но и разобщенность самих юридических наук, каждая из которых: «порознь, в полном неведении того, что творится у соседки, создают положения правовой политики, не вытекающие из какого-либо *общего начала*.

¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб., 2001. С. 501.

² Там же. С. 19–20.

³ См. там же.

⁴ См. там же. С. 27.

⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. Вып. 1. М., 1995. С. 40.

Соединение всего этого в одно стройное представление есть дело философии права¹. Для чего философия, являясь «мостом» между юридическими науками и философией права, должна стать теоретической «почвой», способствующей высококачественной обработке юридического материала при помощи средств, которыми, по мнению ученого, правоведение не обладает.

В то же время философское представление о праве должно «вырасти» из самого правоведения². В особенности это обосновывается перманентным обращением правоведов к теоретической и практической сферам деятельности, постулируемых такими философскими категориями, как справедливость, мораль, равноправие, нравственность и т.д. Несмотря на значительную нивелируемость позитивистским подходом значения данных категорий для юриспруденции, все-таки они используются ею в качестве основных «заповедей» правотворчества, правоприменения и выступают фундаментальными правилами — регуляторами в формировании законодательства³. Общеправовые, отраслевые и межотраслевые принципы распространяются на все без исключения сферы права и служат подтверждением его общечеловеческой ценности, получающей контекстуальное воплощение в формально-юридических текстах (Конституция РФ, общие положения отраслевых законодательств и т.д.).

Как видится, проблемы современной юридической науки, актуализирующиеся в познании априорной сущности правовых реалий и исследуемые при помощи философско-правового подхода, оказываются необходимыми прежде всего как при уяснении самого понятия права, так и при изучении его взаимосвязи с личностью. Получаемая целостность суждений о праве и его роли в бытие личности, выраженная в его понятии, должна способствовать максимальному отображению существенных свойств явлений, которые крайне затруднительно объяснить при помощи только юридических категорий. В этом случае первостепенное значение приобретает *мировоззренческая позиция субъекта исследований*, складывающаяся в результате синтеза многосторонних знаний о праве в соответствующую *методологическую культуру* научного познания, позволяющую осознать в полной мере правовую действительность и формулировать наиболее действенные способы ее улучшения.

Представляется, что посыл выдающегося «энциклопедиста в сфере права»⁴ услышан и востребован юридической наукой, что находит свое подтверждение в современных правовых исследованиях.

Например, Л.Т. Бакулина, понимая под правом «систему обеспеченных, легализованных принуждением и признаваемых в данном обществе нормативов равенства и справедливости, выступающих в качестве средства согласования свободной воли и стабилизации общественных отношений»⁵, использует в дефиниции в значительной степени философский понятийно-категориальный аппарат, что, с од-

¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* История философии права. С. 29.

² См. там же. С. 41.

³ См.: *Теория государства и права: курс лекций* / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С. 176–177.

⁴ См.: *Пергамент М.Я.* Памяти двух русских цивилистов: Энгельман и Шершеневич. СПб., 1912. С. 6.

⁵ *Бакулина Л.Т.* Сущностная характеристика российского права // Основные характеристики российской правовой действительности / под науч. ред. Ю.С. Решетова. Казань, 2010. С. 23.

ной стороны, разъясняет и дополняет его юридическое содержание; с другой стороны — способствует наиболее целостному, субстанциональному пониманию юридических свойств познаваемого феномена, знание о котором подчеркивает также и аксиологическое значение права.

Исследуя содержание и методологию теории реализации норм права, А.В. Погодин останавливает свое внимание на необходимости рассмотрения и применения философских и общенаучных категорий, которые способствуют наиболее полному представлению об изучаемом объекте, в отличие от отдельных правовых категорий, существующих как некие стереотипы (аксиомы, догмы), иногда мешающие увидеть и понять то новое, что рождается в правореализационной практике. Впрочем, как отмечает автор, это прежде всего зависит от индивидуальности, степени креативности и самостоятельности субъекта исследования¹.

Философия права как междисциплинарная отрасль знания в современных правовых исследованиях находит свое применение не только в познании сущности и содержания фундаментальных юридических феноменов. Ее роль важна при анализе причинно-следственной (каузальной) природы многих правовых явлений, например, правосознания, правовой культуры, различных форм поведения индивидов, т.е. в целом — юридического бытия личности в правовом континууме. Опыт философско-правового обоснования той или иной юридической концепции все чаще используется в построениях современных частных общеправовых концепций, применяющих в том числе методологический инструментарий философии права.

Посредством философско-правового научного понимания проблемы «отчуждения», дихотомии «норма — патология», как опосредованных смысловых, ценностных и нормативных элементов «сущего и должного» в правовой действительности, на наш взгляд, исследователи (в частности, общеправовой теории маргинальности) получают возможность приблизиться к пониманию генетической связи права и феномена отчужденности, пограничности и дезаккомодации (маргинальности) к соционормативному пространству, познать ее каузальную природу, выявить характер и степень влияния данного явления и его форм (маргинального поведения, маргинального правосознания, криминальной маргинальности, маргинальной преступности и др.) на состояние законности и правопорядка².

Правовая философия занимается поиском тех оснований и смыслов, которые делают для личности «право правым», а не чем-то иным,³ считает В.А. Бачинин. Именно она выявляет и устанавливает социальную ценность права, которая должна быть обязательной идеей, идеалом, символом, критерием, образцом справедливого (суть философского. — *Р.С.*) *великолепия личности*, основанного на выработанных человечеством гуманистических нормах, принципах, а также основаниях бытия⁴.

¹ См.: Погодин А.В. Содержание и методология теории реализации норм права // Уч. зап. Казан. ун-та. Т. 153. Кн. 4. 2011. С. 12–13.

² См.: Степаненко Р.Ф. Философско-правовые проблемы познания маргинальности // Уч. зап. Казан. гос. ун-та. Т. 152. Кн. 4. 2010. С. 7–19.

³ См.: Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. СПб., 2006. С. 949.

⁴ См.: Рыбаков О.Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности. СПб., 2004. С. 162.

Если Д.А. Керимов полагает, что задачей философии права является гносеологическое обслуживание отраслевых юридических наук и обеспечение их методологическим инструментарием¹, то Г.Ф. Шершеневич подчеркивает и ее праксиологическое значение, которые в своей суммарности должны найти свое воплощение в построении идеала правового порядка в его цельности. «Зная, как следует обращаться с таким социальным средством, каким является право, взирая на общественную жизнь с философской высоты, понимая взаимное соотношение различных сторон общественной жизни... философия права призвана к тому, чтобы возбуждать стремление и указывать пути к улучшению условий общежития, насколько они зависят от права»². «Юридические науки будут пользоваться в догме установленными философией теоретическими понятиями, а в политике займутся вопросом осуществления, каждый в своей области, идеала, начертанного философией права»³, — утверждал Г.Ф. Шершеневич.

В то же время актуальность и фундаментальность проблем интегрального познания (философией права и юриспруденцией) сущности правовых явлений, столь ясно обозначенная Г.Ф. Шершеневичем, в настоящее время, к сожалению, определенным образом сводится к попытке уяснения: к какой — философской или юридической науке следует отнести философию права. Данную полемику теории права Санкт-Петербургского государственного университета Ю.И. Гревцов и И.Ю. Козлихин называют «вечной» и считают, что конкретная философия права может *быть частью философии, либо стать частью юридической науки*. Они полагают, что юрист, философствуя о праве, не может не учитывать разнообразия существующих правовых систем, их противоречивости, подчас ошибочности и даже порочности составляющих их норм. Но он несет серьезную ответственность за это, в отличие от философа, в силу особенностей его профессии⁴.

Так или иначе, но в научном более, общем и предметном формате рассматриваемой дискуссии обращают на себя внимание следующие обстоятельства: во-первых, философствование юристов не должно являть собой некую форму абстрактно-обобщенных штудий, оно должно быть обосновано и востребовано юридической, и, желательно, философской сферами научных знаний. Во-вторых, совокупность всевозможных интегральных гипотез и положений должна иметь своей целью применение таковых в практической деятельности. В-третьих, синтез данных оснований должен выстраиваться при тесном взаимодействии философии и права, подтверждаемом мыслью выдающегося русского юриста о том, что в правоведении *следует выстраивать общие понятия*, основанные на положительном праве и выводимые из результатов философских наблюдений за правовыми явлениями. Для чего философу стоит «сойти с небес», а юристу следует «поднять свои глаза от земли повыше»⁵, считал Г.Ф. Шершеневич.

¹ См.: Керимов Д.А. Проблемы общей теории права и государства: учеб. пособие. 2-е изд. Тюмень, 2005. С. 133.

² Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 29.

³ Там же. С. 29.

⁴ См.: Гревцов Ю.И., Козлихин И.Ю. Энциклопедия права. СПб., 2008. С. 560.

⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. История философии права. С. 10.

О.Д. Третьякова,

д.ю.н., зам. директора Юридического института,
Владимирский государственный университет

Некоторые особенности конвергенции права и закона

Один из важнейших видов юридической конвергенции — это сближение права и закона. 26 августа 1789 г. во Франции Национальным собранием была принята Декларация прав человека и гражданина. Она юридически оформила идеи о важнейших естественных и неотчуждаемых правах и свободах человека и гражданина, принадлежащих каждому с рождения. Ее значение для дальнейшего развития и закрепления прав человека невозможно переоценить, а содержание интересно и сегодня¹.

Пожалуй, именно с тех пор ведется дискуссия о соотношении права и закона, и она продолжается по сей день. Право — это совокупность исторически возникших правил поведения, установленных государством в целях торжества принципов справедливости, равенства, гуманизма, а также регулирования общественных отношений. Закон — это нормативный правовой акт, принятый в особом порядке органами законодательной власти, регулирующий важнейшие общественные отношения и обладающий высшей юридической силой. Проблема соотношения права и закона существовала практически всегда, с древнейших времен, с тех пор как сложилось право. Актуальность проблемы соотношения права и закона сводится к следующему. Существуют законы, соответствующие правовым критериям, которые и необходимо считать правовыми законами. Здесь право и закон совпадают. Но есть и такие законы, которые не отвечают правовым критериям и, значит, с правом не совпадают².

Соотношение права и закона — центральная проблема правоведения и правопонимания. Совпадают право и закон или нет, можно ли сводить право к законам (и другим нормативным актам) или нет — эти проблемы всегда были в центре внимания юридической науки и практики. В нашей стране долгие годы преобладал взгляд на право как на систему норм. И лишь в последнее время получает все больше признания тезис о несводимости права к нормам³.

Вместе с тем вопрос о соотношении права и закона остается открытым. О несовпадении права и закона говорят и практики. Так, Г. Жилин, судья Конституционного Суда РФ, пишет, что под углом зрения практического осуществления права на судебную защиту и при этом исходя из различия права как объективного регулятора общественных отношений и закона как формы выражения права, законы не всегда адекватно выражают право, в связи с чем от правовых необходимо отличать неправовые законы, которые законодателем не должны приниматься, а судами — применяться⁴.

¹ См.: Казанцев Д. Права человека: история развития // *эж-Юрист*. 2011. № 32.

² См.: Право и закон: их понятие и соотношение (URL: http://www.latyshevva.ru/Pravo_i_zakon_ikh_ponjatie_i_sootnoshenie/index.html).

³ См.: Лившиц Л.З. Право и закон // *Теория права* (URL: <http://pohodu.com/15.html>).

⁴ Жилин Г. Соотношение права и закона // *Российская юстиция*. 2000. № 4. С. 8–10.

Представляется, что дискуссия о соотношении права и закона практически бесконечна, поэтому, чтобы определить исходные позиции конвергенции, обратимся к Конституции РФ. Согласно ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Следовательно, основной критерий сближения права и закона — степень отраженности в законодательстве прав и свобод человека.

Предлагается следующая модель процесса сближения права и закона. Предполагается лишь субъективная составляющая данного процесса. Иницируется процесс различными субъектами, как правило, субъектами законодательной инициативы. Избираются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется данная конвергенция на основе регулятивной деятельности государства в виде правотворчества (объект) в форме законотворчества (предмет) с использованием нормативных правовых актов (средства) на основе собственных методов юридической конвергенции и методов правотворчества с непосредственной целью достижения когерентности права и закона и опосредованной (производной) целью — обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Данная модель основывается на главном интегрирующем факторе — правах человека. Этот интегрирующий фактор сближения права и закона наглядно позволяет проявить процесс субъективной юридической конвергенции. Данный процесс характеризуется прежде всего количественными показателями. Анализ советского законодательства показывает, что в нем содержалось минимальное число законов и иных нормативных актов, опирающихся на права человека (содержались лишь в Конституциях СССР и союзных республик). В то же время, начиная с 1991 г., происходит количественный скачок (было принято более 1000 нормативных правовых актов различной юридической силы, отражающих права и свободы человека)¹, особенно в первой половине 1990-х годов. В конце 1990-х годов наметился спад количества нормативных правовых актов (за вторую половину 1990-х годов было принято около 600 правотворческих актов, фиксирующих конвергенцию права и закона на основе отражения прав человека). С начала нового тысячелетия вновь проявилась тенденция к ежегодному приросту нормативных правовых актов различной юридической силы, в той или иной степени затрагивающих проблему прав человека².

В целом, с точки зрения количественной составляющей, рост количества нормативных правовых актов, отражающих в той или иной степени права человека, свидетельствует о неуклонной конвергенции права и закона. Следует учитывать и тот факт, что формальное сближение права и закона, зафиксированное в правовых предписаниях, представляет собой иногда лишь программу такого слияния, поэтому объектом конвергенции при тех же предметах (право и закон) выступает и правообеспечительная деятельность, направленная на охрану и защиту прав и свобод человека.

¹ Анализ осуществлялся на основании информации, включенной в федеральный регистр нормативных правовых актов Российской Федерации

² Исследование проводилось на основании докладов Совета Федерации Федерального Собрания РФ за 2005–2009 гг. «О состоянии законодательства в Российской Федерации» (URL: <http://www.council.gov.ru>).

Оказывать влияние на конвергенцию права и закона, помимо правотворчества и правообеспечения, может и другой объект данного вида конвергенции — самоорганизация права. Так, правовые предписания воздействуют на сознание и волю, но регулируют не сами эти психические процессы, а их результаты — объективно совершенные поступки. Объективная невозможность однозначно регламентировать психические процессы порождает феномен самоорганизации права на основе сближения права и закона через множественную реализацию их в сознании и поведении субъектов в условиях той или иной правовой ситуации. Можно сказать, что правовой порядок, как согласованность и упорядоченность общественных отношений, возникает в качестве следствия, во-первых, действия на сознание индивидов требований правовых предписаний, а во-вторых, самоорганизации права на основе поведения людей, его реализующих. Тем не менее инициацию конвергенции права и закона в виде самоорганизации нельзя назвать объективной — она, как и правотворчество, осуществляется субъективно. Следовательно, стадийная модель конвергенции права и закона будет реализовываться одинаково для всех объектов конвергенции как субъективная.

Как видно из краткого анализа, предполагаемая лишь субъективная составляющая инициации данного процесса подтвердилась. Она иницируется различными субъектами, при правотворчестве — субъектами законодательной инициативы, при самоорганизации — субъектами реализации прав и свобод. Используются, как правило, правовые средства, методы, объекты и предметы. Осуществляется на основе регулятивной деятельности государства в виде правотворчества или в виде самоорганизации права за счет его многократной реализации (объекты). Предметы конвергенции — право и закон. В качестве средств используются нормативные правовые акты и акты реализации (и поведение, и документы). Методы — собственные методы юридической конвергенции — синхронизация без поглощения (и поведенческая, и документальная). Цели конвергенции права закона: непосредственная цель — достижение когерентности права и закона (образование максимального количества правовых законов — и прямых, и иерархических); опосредованная (производная) цель — обеспечение естественных и неотчуждаемых прав и свобод.

Таким образом, исследовав некоторые особенности конвергенции права и закона, автор пришел к выводу о необходимости ограничений и четкого научного, а также межведомственного контроля этих процессов. Кроме того, требует коррекции и контроля техника данного процесса конвергенции, так как иногда закрепленное право фактически лишь формально декларируется, государство его не в силах обеспечить, например право на жизнь. Иногда смешиваются формы реализации законодательства, например достаточно распространен призыв «соблюдать права», соблюдение — это пассивная форма реализации законодательства, следовательно, если читать буквально данную формулировку, то она содержит призыв воздерживаться от реализации права. Следует иметь в виду и то обстоятельство, что конвергенция права и закона не исчерпывается правами и свободами. Существует и право, не выраженное в законодательстве, например, некоторые нормы, по тем или иным причинам ставшие общеобязательными в силу поддержки их определенными, как правило, высшими должностными лицами (например, нормативные высказывания Президента, Председателя Правительства, отдельных министров). Кроме того, не секрет, что исповедуемое криминальными элементами так называемое «те-

ноевое право» (В.М. Баранов) в силу проникновения их в органы законодательной власти может из «теневого» превратиться в реальное законодательство.

Д.Ю. Туманов,

к.ю.н.,

доцент кафедры теории и истории государства и права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Г.Ф. Шершеневич с критикой материалистического представления об обществе

В первой половине XIX в. сформировалась марксистское учение, которое объявило своей главной целью установление нового строя, основанного на принципах подлинного демократизма, справедливости, освобождения людей от угнетения и порабощения. В основе этого учения лежала теория классовой борьбы, которая должна завершиться победой пролетариата, уничтожением буржуазного государственного аппарата, упразднением частной собственности как источника эксплуатации и бесправия трудящихся масс. Движущей силой общественного развития объявлялись экономические факторы, производительные силы и производственные отношения, выступающие основными детерминантами всех «надстроечных элементов» — государства, права, политики, духовной культуры. Марксистское учение, активно пропагандирующее создание общества равных людей, которое должно сформироваться в результате революции и установления диктатуры пролетариата, привлекло много сторонников и оказало огромное воздействие на весь ход исторического развития человечества.

В середине XIX в. обозначились уязвимые места либеральных теорий, проявилась резкая поляризация общества, сложилась ситуация напряженности в нем. Либеральная доктрина оказалась достаточно гибкой и динамичной, однако процесс социального реформирования, предлагаемый в рамках данной доктрины, сложен и длителен. Поэтому марксистская теория, предложившая к этому времени быстро и радикально изменить мир, обеспечить гармонию и счастье трудящихся, упала на благодатную почву и начала свое триумфальное шествие по всему миру.

К. Маркс исходил из постулата приоритета экономической жизни, стремился познать условия, порождающие отчуждение человека от средств производства, концентрировал внимание на социальных классах, конфликты которых подрывали несправедливый социальный порядок, и на организованных ассоциациях, которые могут перестроить социальный мир на основе социального равенства. «Освобождение человека должно стать освобождением творческих и чувственных сил реального индивида, а ликвидация частной собственности — вести к полному раскрепощению всех человеческих чувств и достоинств»¹.

¹ Мутагиров Д.З. Права и свободы человека: теория и практика. М., 2006. С. 81–82.

Исходя из марксистского воззрения на роль и значение различных факторов, определяющих развитие общества, первоосновой являются экономические отношения, которые обуславливают формирование таких явлений, как государство и право, а равно и иных сфер общественной жизни, на первый взгляд, не связанных с материальной стороной, например культуры, религии.

Г.Ф. Шершеневич признавал, что «огромной заслугой исторического материализма остается то, что он выдвинул выдающееся значение экономического фактора, что он указал возможность связать «в конечном счете» даже высокие идеи и благородные чувства человека с материальной стороной его существования. Во всяком случае экономический материализм представляет одну из самых крупных гипотез в учении об обществе, способную лучше всего объяснить массу общественных явлений»¹. Вместе с тем он отмечал, что экономический фактор не единственный активный фактор общественности, а взгляд на общество с единой материалистической точки зрения односторонен и неверен, а материалистическое представление об обществе — это сведение всех факторов общественности к одному, экономическому, это монистическое учение, и именно с этой стороны оно подлежит критике.

Критикуя положение главного программного документа социалистических преобразований, предлагаемых К. Марксом и Ф. Энгельсом, — «Манифеста коммунистической партии»², что «история всего предшествующего общества представляет историю борьбы классов», Г.Ф. Шершеневич указывал на то, что по замыслу Маркса и Энгельса при установлении социалистического порядка классов не будет. Но как же тогда экономический фактор будет определять развитие общества? Либо оно должно вовсе остановиться, что само по себе представляется невозможным, либо определяющими должны стать иные факторы.

Задолго до революционных событий в нашей стране Г.Ф. Шершеневич отмечал, что невозможно свести все проявления общественности к одному экономическому фактору, подчеркивая, что «в основе экономики лежит не что иное, как психика. Причиной, побуждающей к накоплению капитала, служит не материальная нужда, а тщеславие, властолюбие, — факт не экономический, а психический. При обмене благами оценка производится на психической основе. Над потребностями, вызванными необходимостью пить, есть, иметь жилище и одеваться для поддержания своего организма, стоят в несравненно большем количестве потребности, созданные взаимодействием людей»³.

Нам остается лишь сожалеть, что анализ, проведенный Г.Ф. Шершеневичем в отношении сугубо материалистического марксистского понимания общества, в котором четко обозначена его утопичность, оказался невоспринятым радикально настроенными политическими деятелями, попытавшимися воплотить идеи марксизма в нашей стране.

В.И. Ленин считал величайшей заслугой К. Маркса и Ф. Энгельса то, что «действия «живых личностей» в пределах каждой общественно-экономической формации, действия, бесконечно разнообразные и, казалось, не поддающиеся никакой систематизации, были обобщены и сведены к действиям групп личностей, разли-

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. С. 126.

² Маркс К., Энгельс Ф. Манифест Коммунистической партии. М., 1967.

³ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 128.

чавшихся между собою по роли, которую они играли в системе производственных отношений, по условиям производства и, следовательно, по условиям их жизненной обстановки, по тем интересам, которые определялись этой обстановкой, — одним словом, к действиям *классов*, борьба которых определяла развитие общества»¹.

Большевики (российский вариант марксизма) определили себя ортодоксальным марксизмом, взяв на вооружение положения раннего творчества К. Маркса и Ф. Энгельса, в котором «марксизм как идеология выражал положение и интересы пролетариата эпохи раннего промышленного капитализма»².

Именно в таком варианте в России марксизм был превращен сначала в аксиоматичную идеологию большевистской партии, а затем возведен и в ранг непререкаемой идеологии Советского государства. Именно постулаты марксистского учения были взяты на вооружение партией большевиков и легли в основу построения Советского государства, а также социалистического переустройства общества в нашей стране. Противопоставление марксизма всем прочим учениям, не подвергаемое сомнениям утверждение о том, что «учение Маркса всесильно, потому что оно верно»³, привело в конечном итоге к догматизации большевистского марксизма, его неспособности адекватно реагировать на вызовы времени.

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

Е.А. Брылева,

к.ю.н., ст. преподаватель

кафедры государственно-правовых дисциплин,

Пермский институт ФСИН России

Формирование «чувства законности» по Г.Ф. Шершеневичу через правовое воспитание несовершеннолетних

Понятие «законность» раскрывает содержание политико-правовой действительности под углом зрения практического осуществления права. По сути дела законность — это реально действующее право, когда его требования, гарантированные им возможности последовательно и полно претворяются в жизнь.

Законность — прежде всего явление политико-правовой жизни, принцип политической системы общества, характеризующий ее функциональную сторону. При этом право, государство, демократия, законность выступают в виде однопорядковых элементов единой системы, тесно взаимодействующих между собой социально-политических явлений.

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 1. С. 430.

² Ойзерман Т.И. Марксизм и утопизм. М., 2003. С. 59.

³ Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 23. С. 43.

Законность выражает общий принцип отношения общества к праву в целом. Поэтому ее содержание рассматривают в трех аспектах: а) в плане «правового» характера общественной жизни; б) с позиций требования всеобщего уважения к закону и обязательного его исполнения всеми субъектами; в) под углом зрения требования безусловной защиты и реального обеспечения прав и свобод человека и гражданина, охраны правопорядка в целом от любого произвола. Следовательно, содержание законности связано как с поведением субъектов, реализующих право, так и с деятельностью государственных органов, обеспечивающих его формирование, реализацию и защиту.

Вместе с тем требование реализации права, неукоснительного претворения правовых предписаний в жизнь не формальное требование, не самоцель, а условие нормального функционирования общества и государства, обеспечения порядка, организованности и дисциплины. Благодаря законности в обществе внедряются идеи справедливости, гуманизма, личной и общественной свободы. Поэтому в широком социально-политическом смысле законность можно считать *режимом общественно-политической жизни*. Это режим, при котором деятельность всех субъектов основывается на правовом законе, а идеи права, гуманизма, справедливости, свободы и ответственности господствуют над личными, групповыми, классовыми интересами.

Режим законности — такая *морально-политическая атмосфера*, при которой в общественной жизни господствуют идеи права, гуманизма, справедливости, когда точное и неуклонное соблюдение законов, реальность и незыблемость прав человека являются основой жизни общества и его граждан¹, т.е. общество, о котором Г.Ф. Шершеневич еще в 1897 г. в своей публичной лекции отмечал, что это «общество, в котором человек видит постоянное и последовательное применение законов, уважение к ним»².

Государство вообще не связано правом, а стоит над ним, государственная власть — сила, а не право. Выход профессор Г.Ф. Шершеневич видел в общекультурном прогрессе, в ходе которого чувство законности все более глубоко проникает в психологию человека, а подчинение закону становится неотъемлемой чертой современного человека³. Данное положение не утратило своей актуальности и в современный период времени. Формирование законопослушного гражданина является одной из задач государственной политики, которая была обозначена В.В. Путиным в Национальной стратегии в интересах детей на 2012–2017 годы, утвержденной Указом Президента РФ от 1 июня 2012 г. № 761, через «внедрение современных программ гражданско-патриотического воспитания, направленных на формирование российской гражданской идентичности, культуры толерантности, социальной компетентности в сфере этнического и межконфессионального взаимодействия, готовности к защите Отечества и позитивного отношения у молодых людей к службе в рядах Вооруженных Сил Российской Федерации».

¹ См.: Афанасьев В.С. Соотношение законности и правопорядка // Теория права и государства / под. ред. В.В. Лазарева. М., 2001. С. 297.

² Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности // Российский юридический журнал. 2005. № 4. С. 147.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности // Русская философия и социология права: антология. Ростов н/Д; Краснодар, 2004. С. 136.

Положительным примером может служить молодежная политика Пермского края. Так, в Пермском крае в общественных формированиях состоят более 1200 подростков в возрасте от 10 до 17 лет. Это клубы юных правоведов, юных инспекторов движения, отряды кадетов, которые принимают активное участие в организации и проведении досуговых мероприятий, обеспечивают охрану общественного порядка, безопасность учащихся при проведении туристических слетов, проводят волонтерскую работу.

Отметим, что имеется положительный опыт привлечения к сотрудничеству образовательных учреждений системы органов внутренних дел. Так, в школе-интернате № 1 Орджоникидзевского района г. Перми создан отряд правоохранительной направленности «Русичи». Для поднятия престижа отряду придан высокий статус за счет внедрения инновационных методов и нетрадиционных форм работы, привлечения к совместной деятельности сотрудников органов внутренних дел, ОГО ВФСО «Динамо». Задачами отряда являются: правовое просвещение, развитие законопослушного поведения, включение каждого подростка в обучающую, спортивную, творческую, волонтерскую деятельность.

С целью формирования патриотического воспитания действует в Пермском крае и сеть военно-патриотических клубов, на базе которых проводится военно-спортивная подготовка школьных команд к участию в районных, городских соревнованиях, проводимых Департаментом образования, другими ведомствами и общественными организациями. Основные задачи клуба: физическое развитие подростков, приобщение к различным видам спорта, освоение правовых способов разрешения конфликтных ситуаций.

Представляется достаточно эффективным возрождение взаимодействия ОВД с общественными формированиями и гражданами.

Еще в 80-е годы прошлого века в СССР численность ДНД достигала 12,5 млн человек. В 2009 г. в России насчитывалось 360 тыс. дружинников, которые объединились в 35 тыс. различных формирований. С их помощью раскрывается более 40 тыс. преступлений в год и выявляется свыше 440 тыс. административных правонарушений. В Пермском крае действует 52 общественных формирования.

Народные дружины участвуют в обеспечении общественного порядка в форме содействия правоохранительным органам и сотрудникам ОВД в профилактической работе с лицами, склонными к совершению правонарушений; помощи в работе по предупреждению детской безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, в том числе проводимой в подростковых клубах по месту жительства; оказания помощи социальным педагогам в школах; дежурства на школьных и студенческих мероприятиях; участия в пропаганде правовых знаний и иных формах, предусмотренных нормативными правовыми актами РФ, субъектами РФ и органов местного самоуправления.

Активно в ряде субъектов Российской Федерации используются общественные формирования казаков. На 2009 г. в России насчитывалось 872 казачьих дружины¹. В Пермском крае создан и функционирует отряд юных казаков, образованный на базе приюта, принадлежащего Русской православной церкви.

¹ МВД предлагает разрешить гражданам создавать отряды самообороны и патрулировать улицы // Российская газета: Неделя. 2009. 26 марта. С. 24.

Все вышеуказанные формы направлены в том числе и на психологическое состояние несовершеннолетних, формирование должной мотивации правомерного поведения через систему побуждений, убеждений, целей, идеалов, когда формируется «чувство законности» как «неудержимое, может быть, бессознательное стремление поступать согласно с законом, потребность соблюдения закона»¹.

Вместе с тем очевидно, что методы и содержание правового воспитания будут различаться в отношении несовершеннолетних и родителей или иных лиц, на которых возложены обязанности по воспитанию несовершеннолетнего, а также совершеннолетних лиц.

С детских лет ребенок должен знать и понимать, что общество, предоставляя ему определенные права, требует выполнения определенных обязанностей и запретов, а также понимания их назначения.

В то же время необходимо при проведении правового воспитания учитывать возрастной фактор. В отличие от ребенка, принимающего данные ему правила на веру, подросток начинает осознавать их относительность. В моральном сознании подростков ригоризм и категоричность оценок уживаются с демонстративным скепсисом и сомнением в обоснованности общепринятых норм. Пока собственная система ценностей у подростка не сложилась, он легко поддается моральному релятивизму: если все относительно, следовательно, все дозволено, все, что можно понять, можно оправдать и т.д.²

Через правосознание родителей (законных представителей) формируется и правосознание несовершеннолетних детей. Разумеется, объем правовых знаний родителей (законных представителей) зависит от возрастных, профессиональных и иных социально-демографических особенностей личности. Однако знание правовых норм и принципов только тогда эффективно выполняет свою регулятивную функцию в поведении личности, когда сочетается в правосознании с позитивным отношением к этим нормам и принципам, желанием и устойчивой психологической готовностью к их соблюдению.

Анализ результатов социологического исследования в г. Перми и Пермском крае³ позволил сделать ряд определенных выводов. Большинство из числа опрошенных несовершеннолетних считают, что знают свои права (79,2%). Однако в полном объеме имеют о них представление лишь 2,2%. 62,4% указали, что имеют хорошее представление, но более трети отметили, что имеют лишь фрагментарные представления о своих правах (34,7%).

Немаловажным, на наш взгляд, средством правового воспитания являются СМИ. Интернет стал основным источником и общения и, наряду с этим, и фактором социализации молодежи. Информация, полученная в глобальном пространстве, также оказывает воздействие на формирование нормативной модели поведения молодежи.

Наиболее востребованные источники информации о правах — это специальные сайты (29,1%), специальные страницы в Интернете (24,8%), социальные сети (15,2%), но при этом значительная часть (38,2%) отметили и самостоятельное из-

¹ Шершеневич Г.Ф. О чувстве законности // Российский юридический журнал. 2005. № 4. С. 146.

² См.: Белканов Е.А. Структура и функции правосознания: автореф. дис. ... к.ю.н. Екатеринбург, 1996. С. 21.

³ Выборочная совокупность социологического исследования составила 1034 человека.

учение, каждый десятый (9,1%) — тематический диск. Вполне было ожидаемым, что для современной молодежи самыми актуальными источниками являются коммуникационное интернет-пространство и информация на цифровых носителях. Интересны молодежи социальные сети (88%), видео-, музыкальные (42,2%) и новостные (27,1%) сайты. Считаем необходимым использовать эти порталы для правового просвещения молодежи и других социально-демографических групп, открывая на них тематические страницы, размещая баннеры, использовать бегущую информационную строку, создавать тематические группы.

Положительным примером использования социальных сетей является деятельность Уполномоченного по правам ребенка в Пермском крае, который имеет свою страничку в сети «ВКонтакте». Каждый желающий может задать интересующий его вопрос и получить необходимую информацию, а также заявить о его нарушенных правах.

Таким образом, очевидно, что идеи профессора Г.Ф. Шершеневича легли в основу правового воспитания России XXI в., получив при этом свое дальнейшее современное развитие.

Г.Х. Валиев,

К.и.н.,

доцент кафедры конституционного, административного
и международного права,
филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Г.Ф. Шершеневич и парламентаризм в России: история, теория, современность

В связи со сменой социально-экономических и государственно-правовых ориентиров в современной России возникает необходимость осмысления и оценки историко-теоретического наследия дореволюционных правоведов.

В золотой фонд выдающихся российских юристов конца XIX — начала XX столетия вошел профессор Казанского (1888—1906), Московского (1906—1911) университетов Г.Ф. Шершеневич. Изучение его теоретического наследия представляет большой научный и практический интерес.

Автором рассматриваются отдельные взгляды Г.Ф. Шершеневича на парламентаризм (?) в сравнении с политико-правовыми взглядами представителей разных поколений развития политико-правовой мысли.

Теоретическая основа представительной демократии была сформулирована Дж. Локком в теории народного суверенитета, который провозгласил, что подлинный суверенитет предполагает право народа на восстание. Полное же и всестороннее обоснование идея народного суверенитета получила в работах Ж.Ж. Руссо¹.

Согласно учению Ж.Ж. Руссо об общественном договоре и народном суверенитете верховная власть принадлежит народу. Верховенство народа основано на есте-

¹ См.: Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсисянца. М., 1999. С. 311.

ственном праве через общественный договор. Поэтому в отличие от исполнительной власти, организация которой регулируется законами, деятельность верховной власти не может быть ограничена позитивным правом. В специальной главе «Об общественные договора» — «О злоупотреблениях правительства и его наклонности к вырождению» — он подчеркивал, что «в ту минуту, когда Правительство узурпирует суверенитет, общественное соглашение разорвано и все простые граждане, по праву возвращаясь к своей естественной свободе, принуждены, но не обязаны повиноваться»¹.

При этом законодательная власть должна принадлежать народному собранию, в котором должны участвовать все граждане. Все другие властные органы должны всецело подчиняться народному собранию, быть не только послушным орудием суверена — законодателя, но и избираться суверенным народом, быть полностью ответственным перед ним, а также могут быть в любой момент им смещены.

Одним из наиболее распространенных подходов к народному представительству был сформулирован Ш. Монтескье. По его мнению, переход к представительному правлению затруднителен в связи с невозможностью осуществления народовластия на большой территории (в большой стране, национальном государстве). Не отрицая идеальной конструкции (когда законодательная власть принадлежит всему народу), Ш. Монтескье отмечал, что в больших государствах это невозможно, и констатировал дальше, что и в маленьких государствах это представляет большие неудобства, поэтому нужно «чтобы народ делал посредством представителей то, что он не может сделать сам»².

Весомый вклад в теоретическое обоснование и практическую реализацию народного представительства был внесен Г.Ф. Шершеневичем. В начале XX в. в политико-правовой мысли России активно обсуждался вопрос о статусе Государственной Думы — законосовещательной или законодательной роли народного представительства. В связи с этим Г.Ф. Шершеневич указывал: «Важно, чтобы народные представители стали лицом к лицу с монархом, а дальнейшее есть дело фактического соотношения общественных сил... Если в народных представителях сосредоточивается авторитет всей земли, голос которой они слышат за собой, — разлада между правительством и представителями не будет. Если же этого авторитета нет, — не поможет и писаная конституция»³.

В основе своевременного парламентаризма лежит концепция выборного представительства, которая исходит из того, что «народные представители, являясь более авторитетными и более правильными, чем кто-либо другой, выразителями народных нужд и желаний, могут с наибольшим основанием решать государственные дела, а также претендовать на выбор тех лиц, которым поручается непосредственное управление»⁴.

Из сказанного выше видно, что в том или ином аспекте парламентаризм рассматривается исходя из его положения в системе органов государственной власти.

¹ Монтескье Ш.Л. Избранные произведения. М., 1955. С. 292–293.

² Там же. С. 318.

³ Шершеневич Г.Ф. Земский собор (лекция профессора Шершеневича 13 марта) // Казанский телеграф. 1905. 16 марта. № 3666. С. 29.

⁴ См.: Мижусев П.Г. Парламентаризм и представительная форма правления в главных странах современной Европы. СПб., 1906. С. 4.

Таким образом, в качестве еще одного сущностного аспекта парламентаризма можно выделить положения парламента в системе государственных органов. Здесь необходимо отметить, что ряд современных ученых указывают на главенствующую роль парламента как необходимое условие существования парламентаризма, что созвучно взглядам профессора Г.Ф. Шершеневича.

Так, в 1997 г. на заседании «круглого стола» в Институте государства и права РАН доктор юридических наук, профессор М.В. Баглай следующим образом сформулировал свою позицию: «Те, кто употребляет этот термин, забывают, что у нас нет парламентаризма. Это давно разработанный наукой вопрос: наличие парламента и парламентаризма – разные вещи. Приходится напоминать, что в нашей стране полупрезидентская форма правления, при которой могут быть только отдельные элементы парламентаризма»¹.

С данным мнением не согласился доктор юридических наук, профессор В.Е. Гулиев: «Это глубочайшее заблуждение. В узком смысле слова под парламентаризмом действительно понимается верховенство парламента. Но есть более широкое правовое и цивилизованное понимание парламентаризма»². Однако большинство ученых сходятся во мнении о ведущей роли парламента в системе государственного механизма.

В связи с этим целесообразно привести мнение доктора юридических наук, профессора С.А. Авакьяна, в соответствии с которым основными признаками парламентаризма являются представительство, постоянно оплачиваемая работа депутатов, их определенный социальный статус, а также определенный круг дел представительного учреждения (принятие законов, установление налоговой системы и утверждение бюджета государства, влияние на внутреннюю и внешнюю политику, формирование ряда государственных органов, выполнение задач парламентского контроля), его определенные формы, методы и стиль работы³.

Таким образом, речь не идет о верховенстве парламента, хотя и говорится о его весьма серьезных полномочиях, возможных лишь в условиях демократического политического режима. Данное мнение следует признать наиболее верным еще и потому, что в настоящее время в большинстве развитых государств наблюдается тенденция к превалированию исполнительной власти над законодательной. Поэтому существование представительного и законодательного органа – Федерального Собрания (парламента) как такового еще не означает введения на прочных основах парламентаризма. Полноценный парламентаризм немыслим без правового оформления конституционной ответственности правительства перед парламентом, которая сегодня носит формальный характер. Согласно п. «б» ч. 1. ст. 103 Конституции РФ к ведению Государственной Думы относится вопрос о доверии Правительству.

Итак, палата, не обладая правом привлекать министров к конституционной ответственности за незаконные действия, наделяется возможностью выражать вотум недоверия правительству в целом. При этом Президент России по своему усмотрению решает данный вопрос, обладая правом роспуска Думы (ч. 3 ст. 117).

¹ Евзеров Р.Я. Парламентаризм и разделение властей. Судьба понятий // Государство и право. 1997. № 12. С. 18.

² Там же. С. 18.

³ См.: Авакьян С.А. Федеральное собрание – парламент России. М., 1999. С. 26–29.

В то же время следует отметить, что для российской правовой мысли скорее свойственно было подчеркивать именно момент единства власти, а не ее разделение.

В России конституционно закреплена президентская республика с принципом разделения власти, и важно рассмотреть взаимосвязь парламента с исполнительной властью и президентом. Можно уверенно утверждать, что при парламентском правлении глава государства и правительство являются не менее значимыми органами власти, чем парламент, и, безусловно, сохраняют свою самостоятельность. Важнейшее значение в условиях парламентского правления приобретает процесс формирования правительства как исполнительного органа власти.

Признавая фундаментальный характер принципа разделения властей для становления парламентаризма как такового, мы не вправе упускать из виду, что само такое разделение является не абсолютным. И как бы ни была структурирована государственная власть, как бы ни были обособлены различные по своему функциональному назначению ее «ветви», они должны взаимодействовать между собой таким образом, чтобы сохранились генетическое единство и цельность самого правления, а это достижимо только при сбалансированном разделении властных полномочий.

Таким образом, Г.Ф. Шершеневич еще в начале XX в. обозначил проблему взаимоотношений органов государственной власти. Она актуальна и сегодня, требует научного и практического внимания.

М.Г. Ибрагимов,

к.ю.н., прокурор отдела № 4 Управления
по надзору за исполнением федерального законодательства

Основные направления деятельности государственных органов Республики Татарстан в сфере образования

Федеративный принцип построения России предполагает ориентированность его институтов не только на федеральные, но и на социально-экономические, культурные, экологические, этнические и другие особенности конкретного региона страны.

Общие вопросы и параметры государственной политики в сфере образования разрабатываются федеральным центром. При этом ряд вопросов передается на рассмотрение регионов. Поэтому успех реализации государственной политики в сфере образования напрямую зависит от эффективности действий, предпринимаемых на уровне регионов и муниципальных властей, от того насколько субъекты Федерации способны адаптировать общефедеральные установки к специфике своего региона. При этом необходимо исходить из того, что специфика управления образованием и эффективность исполнения федеральных установок зависит от типа и размера территории соответствующего региона, этнического состава населения. Республика Татарстан в этом плане занимает хорошие позиции по сравнению с другими регионами нашей страны. Татарстан имеет высокий показатель

социального и экономического развития, на его территории проживают люди разных национальностей, которые не входят в конфликт между собой.

Дальнейшее социально-экономическое развитие Татарстана требует создания инновационной экономики, т.е. экономики, основанной на знаниях. Татарстан нуждается в образованных людях, способных применять свои знания и творчески подходить к решению возникающих проблем, а также способных самим создавать новые знания, технологии, новые способы обучения. Для подготовки таких людей требуется наличие эффективной системы образования.

Однако действующая в настоящее время система образования отличается наличием ряда проблем, которые требуют решения. Во-первых, это снижение качества образования на всех уровнях; во-вторых, недостаток кадров в системе образования; в-третьих, устаревание инфраструктуры и материально-технической базы системы образования; в-четвертых, слабая обеспеченность региона центрами для занятия творчеством детей и молодежи; в-пятых, низкая эффективность национального образования.

Согласно ст. 28 Закона РТ «Об образовании» разграничение полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и Республики Татарстан осуществляется Конституцией РФ, договором Российской Федерации и Республики Татарстан «О разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан», федеральными законами в области образования.

Органы государственной власти и управления Республики Татарстан обладают достаточно широким кругом полномочий в сфере образования. Так, Государственный Совет РТ обладает полномочиями законодательного регулирования отношений в сфере образования, т.е. имеет право издавать нормативно-правовые акты в сфере образования, которые будут действовать на всей территории Республики; утверждает бюджет, образования; ведет контроль за исполнением законодательства в области образования.

Кабинет Министров РТ разрабатывает и проводит комплексные республиканские целевые и иные программы, которые направлены на развитие образования в Татарстане с учетом демографических, национальных, культурных, социальных, экономических особенностей региона; участвует в разработке примерных основных образовательных программ; обеспечивает проведение государственной (итоговой) аттестации обучающихся, освоивших образовательные программы основного общего образования или среднего (полного) общего образования, в том числе в форме единого государственного экзамена; устанавливает формы и порядок проведения государственной (итоговой) аттестации по родному языку и родной литературе; обеспечивает государственные гарантии прав граждан на получение общедоступного и бесплатного образования, а также дополнительного образования в общеобразовательных учреждениях посредством выделения субвенций местным бюджетам; участвует в отборе организаций, осуществляющих издание учебных пособий, которые допускаются к использованию в образовательном процессе, в части издания учебных пособий по родному языку и родной литературе; организует подготовку, переподготовку, повышение квалификации и проведение аттестации педагогических работников образовательных учреждений РТ, муниципальных об-

разовательных учреждений; издает в рамках своих компетенций нормативно-правовые документы, а также осуществляет иные полномочия в соответствии с законами.

Президент Татарстана, являясь главой Республики, выступает гарантом соблюдения и защиты прав и свобод граждан на образование, подписывает законы Республики Татарстан, касающиеся сферы образования, либо может их отклонить.

В каждом регионе России имеется орган исполнительной власти, который осуществляет управление в области образования на территории соответствующего региона. Называться этот орган может по-разному в зависимости от региона: министерство, департамент, главное управление и т.д. В Татарстане это Министерство образования и науки РТ.

В городских округах и муниципальных районах управление в области образования осуществляется соответствующими органами местного самоуправления.

Государственные органы РТ в сфере образования особое внимание уделяют разработке и реализации республиканских программ. Например, комплексная государственная целевая программа «Стратегия развития образования в Республике Татарстан на 2010–2015 годы «Киләчәк — Будущее»¹. Стратегия основана на национальной образовательной инициативе «Наша новая школа», которая утверждена Президентом РФ 4 февраля 2010 г. Целью Стратегии является кадровое и научно-технологическое и техническое обеспечение инновационного развития Республики Татарстан, формирование и удовлетворение потребности личности в развитии и получении знаний. Стратегию предполагается реализовывать в три этапа: I этап — 2010–2011 гг.; II этап — 2012–2013 гг.; III этап — 2014–2015 гг.

В результате реализации Стратегии ожидается повышение качества образования на всех его уровнях. Она предполагает внедрение и реализацию новых инновационных образовательных технологий, оценку качества образования при помощи технологий количественных измерений, в том числе с использованием единого государственного экзамена; предполагает материальное, грантовое стимулирование педагогических работников, показывающих хорошие профессиональные результаты.

Следует особо отметить ведомственную целевую программу «Развитие профессионального образования на 2013–2015 годы». Программа имеет целью модернизацию профессионального образования Республики, которая предполагает: приведение программ в сфере профессионального образования в соответствие с запросами личности, потребностями рынка труда, перспективами развития социально-экономической сферы; изменение структуры содержания и обновление подготовки с учетом перехода на опережающее образование, совершенствование воспитательного процесса, создание условий для гармоничного развития личности.

Ведомственная целевая программа «Развитие системы специального (коррекционного) образования на 2013–2015 годы», ориентированная на создание в специальных (коррекционных) образовательных учреждениях благоприятных условий для ведения учебно-воспитательного процесса, отвечающего современным требованиям комплексного личностного и духовного развития и реабилитации воспитанников. Программа предполагает: 1) создание в специальных (коррекционных) образовательных учреждениях условий для обучения и реабилитации детей с ограниченными

¹ Комплексная государственная целевая программа «Стратегия развития образования в Республике Татарстан на 2010–2015 годы «Киләчәк» — «Будущее»; утверждена Постановлением Кабинета Министров РТ от 30 декабря 2010 г. № 1174 // <http://prav.tatarstan.ru/rus/complan.htm>

возможностями; 2) совершенствование и развитие учебно-воспитательного процесса в специальных (коррекционных) образовательных учреждениях; 3) всестороннее развитие воспитанников, выявление и поддержка талантливых детей и молодежи.

Ведомственная целевая программа «Развитие высшего профессионального образования на 2013–2015 годы» ставит целью развитие системы высшего профессионального образования, в частности путем создания в данных образовательных учреждениях благоприятных условий для воспитания, обучения студентов, развития у обучающихся профессиональной компетенции с учетом потребностей экономической сферы РТ.

Отметим, что в последнее десятилетие повысилась гибкость ведомственных целевых программ, которые дают образовательным организациям большую самостоятельность. Развитие системы образования уже дает прогрессивные результаты как для обучающихся, педагогических работников, работодателей, так и для всего общества в целом.

Е.М. Ибрагимова,

д. пед. н., профессор,

Казанский (Приволжский) федеральный университет

Государственная политика в сфере образования на современном этапе

XXI век характеризуется процессами глобализации. Российская система образования модернизируется в соответствии с мировыми тенденциями. Особое внимание развитию образования отводится в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации до 2020 года. Концепция называет образовательную систему основой динамичного социально-экономического развития общества, фактором благополучия граждан и безопасности страны, а модернизацию системы образования – необходимым условием для формирования инновационной экономики.

Основным участником политики в сфере образования, как правило, выступает государство. Образование является одной из важнейших функций государственной политики. Образование по-прежнему самый устойчивый управляемый государством институт: ни одно изменение в образовании невозможно без законодательного закрепления. При этом адекватная и сбалансированная государственная политика в области образования решает проблему политической стабильности в обществе¹. От эффективности данной политики зависит уровень жизни населения государства, поэтому общество, как и само государство, нуждается в эффективной государственной политике в сфере образования.

Необходимо отметить, что «государственная политика в сфере образования» и «государственная образовательная политика» понятия не тождественные, хо-

¹ См.: Кузьмин А.Г. Государственная политика в области образования в современной России: перспективы развития и методы разработки: автореф. дис. ...к.п.н. Ярославль, 2012.

тя близкие друг к другу. Разночтения в определении данных понятий связаны еще и с тем фактом, что и сами понятия «образование» и «государственная политика» имеют различные толкования.

Рассмотрим основные теории к пониманию государственной политики.

Теория элит. Представители данной теории исходят из того, что государственная политика — это результат выбора политической элиты (Г. Моска, В. Парето, Р. Михельс и др.).

Теория групп. Представители данного подхода склонны считать, что государственная политика — это результат конфликта между членами различных групп в обществе и государстве, и разрешая этот конфликт, они ищут обоюдные решения по каким-либо определенным вопросам политики (А. Бентли, Г. Трумэн).

Институционализм. Ученые, придерживающиеся данного подхода, полагают, что государственная политика — это результат деятельности государственных органов, использующих предоставленные им законом конкретные административные процедуры. Такими органами являются: правительство, судебные органы, парламент (П. Бурдьё, Р. Арон и др.).

Теория общественного выбора, согласно которой государственная политика представляется как результат деятельности самих членов общества, которые осознают свои потребности, интересы и принимают решения в свою выгоду. Данных взглядов придерживаются Г. Галлок, Р.М. Нуреев и др.

Теория постепенности. Государственная политика, согласно этой теории, — это деятельность государственной власти, которая направлена на медленное, постепенное изменение существующих в государстве дел.

Многие философы, социологи и политологи предлагают рассматривать государственную политику в сфере образования в качестве одной из составляющих социальной политики государства и не видят в ней самостоятельного направления.

Одной из главных целей государственной политики в сфере образования является достижение нового качества образования, что в свою очередь требует преодоления трудностей и пробелов, с которыми сталкивается система образования. В сфере профессионального образования к таковым можно отнести несоответствие структуры и объема подготовки кадров потребностям экономики, производства и социальной сферы, несовершенство форм и методов преподавания и др. А в сфере общего образования основной проблемой является нежелание молодых специалистов идти работать в школы. Однако наряду с негативными факторами в последнее время все больше появляются положительные моменты. К ним относятся: повышение заработной платы работникам образования, улучшение информационного обеспечения образовательного процесса, рост роли сети Интернет, обеспечение обучающихся необходимой и, что немаловажно, качественной литературой и т.д. В целом усилия государства, его органов и других институтов политической системы по формированию, развитию и модернизации системы образования и составляют сущность государственной политики в сфере образования.

Государственная политика и правовое регулирование отношений в сфере образования в России основывается на следующих принципах:

1) признание приоритетности образования. Государство заинтересовано в развитии сферы образования, потому что с ее развитием напрямую связаны вопросы соблюдения прав и свобод человека и гражданина в РФ, успешное развитие соци-

ально-экономической сферы, состояние национальной безопасности. Оно реализует приоритетность образования с помощью: создания развитой системы нормативных правовых актов, касающихся всех вопросов, возникающих в области образования; финансирования системы образования, а также создания благоприятных экономических предпосылок для развития российского образования (*финансово-экономическая составляющая государственной политики в сфере образования*); подготовки квалифицированных научно-педагогических кадров для сферы образования, (*кадровая составляющая государственной политики в сфере образования*); укрепления связи между образованием и наукой (*академическая составляющая государственной политики в сфере образования*); развития международных контактов (*международная составляющая государственной политики в сфере образования*);

2) гуманистический характер образования, приоритет жизни и здоровья человека, прав и свобод личности, свободного развития личности, воспитание взаимоуважения, трудолюбия, гражданственности, патриотизма, ответственности, правовой культуры, бережного отношения к природе и окружающей среде, рационального природопользования. Этот принцип устанавливает рамки, в которых определяется содержание образования, формируются методы образования, важнейшие установки образовательной политики.

Свободное развитие личности в качестве принципа образовательной политики государства означает признание за ней собственной позиции и права на самоопределение в процессе образования;

3) единство образовательного пространства на территории Российской Федерации, защита и развитие этнокультурных особенностей и традиций народов Российской Федерации в условиях многонационального государства;

4) создание благоприятных условий для интеграции системы образования Российской Федерации с системами образования других государств на равноправной и взаимовыгодной основе;

5) светский характер образования в государственных, муниципальных организациях, осуществляющих образовательную деятельность;

6) свобода выбора получения образования согласно склонностям и потребностям человека, создание условий для самореализации каждого человека, свободное развитие его способностей, включая предоставление права выбора форм получения образования, форм обучения, организации, осуществляющей образовательную деятельность, направленности образования в пределах, предоставленных системой образования, а также предоставление педагогическим работникам свободы в выборе форм обучения, методов обучения и воспитания;

7) обеспечение права на образование в течение всей жизни в соответствии с потребностями личности, адаптивность системы образования к уровню подготовки, особенностям развития, способностям и интересам человека;

8) автономия образовательных организаций, академические права и свободы педагогических работников и обучающихся, информационная открытость и публичная отчетность образовательных организаций;

9) демократический характер управления образованием, обеспечение прав педагогических работников, обучающихся, родителей (законных представителей) несовершеннолетних обучающихся на участие в управлении образовательными организациями;

10) недопустимость ограничения или устранения конкуренции в сфере образования;

11) сочетание государственного и договорного регулирования отношений в сфере образования.

Названные принципы могут дополняться и уточняться в других нормативно-правовых актах, касающихся регулирования отношений в сфере образования.

Таким образом, подводя итоги, отметим, что сложности с определением государственной политики в сфере образования во многом связаны с многообразием трактовок базовых понятий «образование» и «государственная политика» в сфере образования. Государственную политику в сфере образования можно определить как деятельность государства и его институтов, направленную на подготовку, принятие и совершенствование национальной системы образования, а также реализацию обязательных для всего общества политических и управленческих решений, реализующих идеологию в сфере образования.

А.В. Курочкин,

к.ю.н., доцент,

филиал Казанского (Приволжского) федерального
университета в г. Набережные Челны

Правовой статус политических партий в России: история и современность

Политические партии впервые возникли в России в начале XX в. Тогда они приобрели вполне определенный правовой статус и получили самостоятельное правовое регулирование, хотя были совершенно новым для общества и государства политическим институтом.

Характерным для правовой системы как дореволюционной, так и современной России является отсутствие термина «политическая партия» как в Основных государственных законах Российской империи 1906 г., так и в Конституции РФ 1993 г. Действительно, ст. 80 Основных государственных законов Российской империи вслед за Манифестом 17 октября 1905 г. закрепила право граждан свободно «образовывать общества и союзы в целях, не противных законам». Аналогично этому и Конституция РФ 1993 г. провозглашает только абстрактное «право на объединение», предусматривая гарантию свободы деятельности общественных объединений. Справедливости ради следует заметить, что в ч. 3 ст. 13 Конституции РФ упоминается о политическом, идеологическом многообразии и многопартийности. Представляется, что данная стойкая «неприязнь» законодателя к термину «политическая партия» в конституционных актах может объясняться уже сформировавшейся традицией российского права, а формулировка ст. 6 Конституции РСФСР 1978 г. о руководящей роли КПСС являлась безусловным исключением из правила.

Временные правила об обществах и союзах, а также о собраниях от 4 марта 1906 г. при отсутствии других специальных актов можно считать «партийным» за-

конодательством России в период с марта 1906 по апрель 1917 г. В них законодательно закреплялось право на объединения и собрания, ранее провозглашенное Манифестом 17 октября 1905 г.

В новейшей российской партийной истории наблюдается схожая картина. Правовое регулирование процесса партогенеза началось практически «с нуля», так же как и в России начала XX в. Однако правовым основанием возрождения многопартийности стало не разрешение создания и деятельности политических партий и объединений (как это было в Манифесте от 17 октября 1905 г.), а, напротив, исключение из текста последней советской конституции нормы о политическом и правовом господстве единственной партии (ст. 6 Конституции РСФСР 1978 г.). Как и в начале XX в. в России 1990-х годов отсутствовало полноценное специальное законодательство о партиях, что, несомненно, не могло способствовать повышению эффективности правового регулирования создания и деятельности политических партий в государстве.

14 июля 2001 г. вступил в силу Федеральный закон «О политических партиях», что явилось началом качественно нового этапа институционализации политических партий в новейшей истории России. Принятию закона предшествовали споры по нескольким законопроектам: президентскому, проекту ЦИК Российской Федерации и нескольким альтернативным проектам. В результате дебатов был принят проект ЦИК — наиболее жесткий по своему характеру закон. Такое предпочтение законодателя являлось в определенной степени выражением российской правовой традиции, заключающейся в нежелании предоставления большой свободы институтам гражданского общества, к числу которых, без сомнения, относится и политическая партия. Прав был Г.Ф. Шершеневич, когда писал, что «индивиды выбывают, сменяются другими, а общественное может сохраниться... Дело в том, что нарождающиеся в той же среде новые индивиды, при своем вступлении в общественную жизнь, проникаются уже готовыми идеями и потому общая картина остается неизменной, несмотря на смену индивидов»¹.

В Федеральный закон «О политических партиях» неоднократно вносились изменения. Наибольший интерес представляют поправки, которые вступили в силу 4 апреля 2012 г. Новая редакция Закона многими была воспринята как реакция власти на активизацию оппозиции и усиление протестного движения в декабре 2011 г. Действительно, на наш взгляд, внесение существенных изменений в законодательство в части регулирования деятельности партий напрямую связано со стремлением правящей элиты перехватить инициативу у оппозиции и стабилизировать политическую ситуацию. Предыдущая редакция закона перестала отвечать этим задачам и нуждалась в срочной корректировке. В итоге в Закон было внесено 16 поправок. Поправки принимались в не меньшей спешке, чем и сам Закон в 2001 г. Так, при прохождении законопроекта в Государственной Думе было сокращены сроки для внесения поправок. Связано это было с истечением президентского срока Д.А. Медведева и желанием как можно скорее погасить протестную активность оппозиционно настроенной части общества.

При всех послаблениях, которые были сделаны в области правового регулирования деятельности политических партий в новой редакции Закона, без изменений

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 133.

осталась норма, запрещающая создавать предвыборные коалиции и блоки. Таким образом, политические партии вновь вынуждены идти на выборы в одиночку. Именно отсутствие возможности создавать такие объединения является, на наш взгляд, наиболее сильным ограничением на пути дальнейшей демократизации партийной системы России. Такая правовая норма предоставляет дополнительные преимущества крупным политическим партиям, не нуждающимся в союзниках для прохождения избирательного барьера в 5% и попадания в парламент. Мелкие же партии, напротив, крайне заинтересованы в том, чтобы объединиться с идеологически близкими партиями и вместе попытаться попасть в парламент. Зная, что оппозиция в России достаточно разобщена, правящая элита отвергает любые предложения оппозиции по снятию запрета на формирование предвыборных коалиций и избирательных блоков.

Указанные выше нововведения, на наш взгляд, носят вторичный характер. Конечно, роль Министерства юстиции сложно переоценить, и то, что в новой редакции Закона установлены более жесткие ограничения касательно деятельности органов власти в отношении партий, является шагом вперед, однако шагом явно недостаточным. К сожалению, стоит констатировать, что российское законодательство, регулирующее деятельность партий, является крайне нестабильным. И если в начале 2000-х годов это можно было объяснить тем, что требовалось определенное время для завершения оформления конституционно-правовой системы норм, регулирующих политическую систему общества, то сейчас такое быстрое изменение одного из базовых законов, регулирующих политику в России, не добавляет уверенности политическим акторам.

Одно из условий демократии — это понятные и прозрачные правила игры для всех политических игроков. Для России еще остается актуальным вопрос о стабилизации законодательной базы, регулирующей политическую систему. При этом совершенно очевидно, что для стабильного и устойчивого развития России необходимо, чтобы нормы права защищали демократические ценности. Кроме этого, важным является вопрос о применении существующих норм. При всем несовершенстве действующего законодательства необходимо признать, что идеальных законов не бывает и что должное исполнение существующих законов уже будет шагом вперед к построению.

А.В. Путяткин,

аспирант кафедры теории и истории государства и права,
Университет управления «ТИСБИ»,
зам. Зеленодольского городского прокурора РТ

Концепция правовой политики Г.Ф. Шершеневича: актуальность проблемы

Процессы модернизации современной юридической науки базируются на фундаментальных исследованиях видных российских ученых в сфере юриспруденции. В этой связи большой интерес представляют собой научные воззрения Г.Ф. Шершеневича (1863–1912), выдающегося юриста, профессора Казанского, позже Московского университетов, труды которого стали доктринальной основой многих современных отраслей права.

В целом говоря о правоведении и о месте, занимаемом им в системе научных знаний, Г.Ф. Шершеневич указывал, что именно оно обязано дать систематическое изображение всех норм права, действующих в данное время в данном месте, независимо от того, имеют ли они всеобщую культурную ценность или хотя бы они ее имели¹.

Не отделяя правоведение от других социальных наук, Г.Ф. Шершеневич писал о трех задачах, которые ставят перед собой социальные, в том числе правовая, науки: 1) установить научные факты; 2) объяснить процесс их образования; 3) оценить их с точки зрения человеческих интересов. Первые две задачи имеют теоретический характер, исследуют то, что есть, третья задача носит практический характер, так как определяет то, что должно быть.

Итак, первая задача правоведения определяется автором как состоящая в познании правовых явлений, т.е. в установлении фактов, имеющих свойства норм права. Наука не только собирает материал, она классифицирует его. Таким образом, правоведение выступает как всякая классифицирующая и описательная наука.

Вторая задача правоведения, по Г.Ф. Шершеневичу, заключается в объяснении процесса образования права. В суммарности нравственных, политических, экономических, религиозных, культурных условий прошлого народа следует искать причины, почему появились такие-то нормы государственного, уголовного или гражданского права. Сопоставление различных конкретных обстановок, в которых складывались одинаковые явления, способно привести к открытию той общей социальной причины, которая дает подобный результат.

Отмечая взаимосвязь этих задач, Г.Ф. Шершеневич указывает на то, что выяснение причин образования права способствует познанию его².

Различие задач, которые ставит перед собой правоведение, определяет и различие методов, принятых в юридических науках. Так, реализации задачи установления норм права способствует догматический метод, действие которого заключается в систематическом изложении норм права, действующих в данное время в данной стране, что достигается посредством описания, обобщения, классификации норм, а также в составлении юридических определений. При этом Г.Ф. Шершеневич отмечает, что в некоторых случаях законодатель берет на себя труд дать юридические определения, под которыми авторами понимается соединение в одно предложение (суждение) различных условий, совокупность которых способна вызвать определенный ряд юридических последствий. Законодательные определения обладают юридической силой и в этом их преимущество перед научными определениями. Однако там, где законодатель избегает давать сам определения, задача их составления должна быть возложена на науку, цель которой и заключается в том, чтобы в содержании многочисленных норм раскрыть, наличность каких условий вызывает определенный существенный ряд последствий, соединить эти условия в виде признаков в одно предложение и дать ему точное название, если оно уже не дано самим законом.

Задаче объяснения норм права служит исторический метод, значение которого Г.Ф. Шершеневичем видится в следующем. Правовой порядок, наблюдаемый на-

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. 2. Вып. 2. М., 1995. С. 324–325.

² См. там же. С. 326–331.

ми в известный момент времени, есть закономерный продукт всей предшествующей истории данного народа. Только изучение всех тех факторов, совместное действие которых составляет историю народа, может дать ключ к объяснению существующего правового порядка, для чего необходима полная история права народа в связи с общей его историей.

Той же задаче — задаче объяснения норм права — служит социологический метод. Юрист, не лишенный любви к предмету своей профессии, не может не интересоваться, помимо всякой практической цели, тем значением, какое имеют правовые институты в социальной жизни¹.

С точки зрения Г.Ф. Шершеневича, третьей задачей правоведения является совершенствование практической деятельности в сфере установления справедливого и равновесного сосуществования всех субъектов правоотношений, которая должна быть выражена в постановке идеала как цели, в направлении которой должно быть произведено преобразование права. К реализации такой задачи должен стремиться государственный, в том числе правовой, порядок. При этом в построении правовой политики важно задействовать не только юридические, но и иные, в особенности социологические, науки.

По мнению Г.Ф. Шершеневича, значение социологического метода для исследования вопросов политики права огромно, ничто не может заменить знания законов общественности: «как нельзя строить мост, не зная законов механики, так нельзя строить народное благополучие без знания социальных законов, управляющих народной жизнью»².

Наконец, по мнению Г.Ф. Шершеневича, оценке норм права служит критический метод, заключающийся в том, что нормы права подлежат оценке с точки зрения их целесообразности и справедливости вместе с оценкой тех целей, которые предполагается достичь при помощи правовой политики. При этом, как указывает автор, наше время явно выставляет социальную проблему в виде запроса доставить каждому материальную обеспеченность и независимость, соответствующую его труду или потребностям. Требуется только найти такой порядок, при котором каждый был бы уверен в завтрашнем дне и никто не находился бы в экономической зависимости от другого.

Данная концепция выдающегося ученого становится особенно актуальной для общеправовой теории маргинальности, изучающей особенности и закономерности исследуемого феномена, характеризующегося совокупностью таких свойств и качеств маргинальных индивидов, как отчуждение, пограничность, неадаптированность к социально-нормативному устройству³, а также предполагающей изучение как внутренней логики становления, формирования и развития рассматриваемого явления, так и правовой политики государства в сфере предупреждения негативных форм маргинального поведения.

Логическим продолжением реализации критического метода, по мнению Г.Ф. Шершеневича, является выработка тех средств, какими существующий госу-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 332–354.

² См. там же. С. 355.

³ См.: Степаненко Р.Ф. Генезис общеправовой теории маргинальности: монография / под ред. О.Ю. Рыбакова. Казань, 2012. С. 4–5.

дарственный и юридический порядок должен быть изменен согласно принятому правом идеальному критерию.

Система мер, направленных на изменение существующего порядка законодательным путем, в соответствии с идеальным представлением, составляет политику права в тесном смысле слова. Так как политика права ставит себе задачу достижения определенных социальных целей при помощи права, то она *может быть только деятельностью государства*, от которого исходят нормы права. Политика права немыслима без установления законов и им же ограничивается. Она предлагает в систематическом виде объединенные общей идеей меры достижения социальных целей, *которые не есть наука, а искусство*. Но главное, что отмечает Г.Ф. Шершеневич, политика права должна быть единой, не должно существовать отдельных политик. Истинная политика права должна выработать общий план будущего государственного и правового порядка¹.

Современное обращение к проблемам правовой политики, причем вне зависимости от сферы ее применения, и к вопросам ее актуальности подразумевает упоминание об отсутствии единого подхода к определению данной категории или о наличии их многообразия². Так, по мнению Н.И. Матузова, понятием «правовая политика» обозначается законность (легитимность) не столько самой политики в целом, сколько применяемого арсенала средств, методов, инструментов, т.е. правовая политика — это политика, осуществляемая с помощью правовых средств, считает автор³.

Иную трактовку понятия «правовая политика» предлагает С.С. Алексеев, указывая, что правовая политика представляет собой органическое соединение политических, юридических и социологических знаний о реальной практической деятельности в области права и законности⁴.

В настоящее время развитие получила теория правовой политики, которая является одним из перспективных направлений юридической науки, обеспечивающим единство понимания правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности в разных отраслях права. Особое значение для концептуализации, развития и совершенствования теории правовой политики является проработка ее доктринального уровня, создающего логико-юридическую модель как понимания, установления, так и реального действия объективного права. Разработка фундаментальных доктринальных вопросов обеспечивает увеличение эвристического потенциала данной теории и тем самым ее практическую значимость. Фундаментальная разработка такой теории прежде всего предполагает обращение к проблеме взаимоотношения человека и государства, где право обеспечивает административное и институциональное единообразие по всей территории страны. Государство, базирующееся на конституции и праве, должно нести ответственность за обеспечение в стране социальной справедливости и социальной защищенности⁵.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 355.

² См.: Взаимодействие политики и права / науч. ред. и сост. Ю.С. Решетов. Казань, 2009. С. 184.

³ См.: Матузов Н.И. Правовая политика: понятие и приоритеты // Политология для юристов: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 1999. С. 96–97.

⁴ См.: Алексеев С.С. Основы правовой политики в России: курс лекций. М., 1995. С. 5–6.

⁵ См.: Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. М., 2004. С. 18; Рыбаков О.Ю., Тихонова С.В. Проблема взаимоотношений человека и государства в теории правовой политики // Правоведение. 2011. № 2. С. 34–40.

Особенную значимость такая постановка вопроса приобретает в общеправовой теории маргинальности, исследующей, как отмечалось, образ жизни, формы, виды поведения маргинальных индивидов, а также специфические особенности правовой культуры и правосознания как социально-незащищенных и требующих государственной поддержки лиц, так и, с другой стороны, социально-неблагополучных групп населения. Поведение последних негативно влияет на состояние законности и правопорядка и подлежит перманентному контролю со стороны государства и в особенности правоохранительных органов.

В то же время маргинальность есть исторически устойчивое социальное явление, в большей или меньшей степени присущее тому или иному государственному устройству. Это всегда результат и итог общественного развития, знание о котором должно лежать в основе стратегии правовой политики государства. «Никакая личная мудрость выдающегося государственного деятеля, никакой накопленный опыт бюрократического механизма не в состоянии заменить знания законов общественности»¹, — утверждал Г.Ф. Шершеневич.

Б.Б. Сулейманов,

доцент, зав. кафедрой теории государства и права,
Северо-Кавказский филиал Российской правовой академии
Министерства юстиции РФ (г. Махачкала)

Политико-правовое учение Г.Ф. Шершеневича

Как известно, дореволюционная юридическая наука во второй половине XIX — начале XX в. достигла высокого уровня, что отмечали в том числе зарубежные исследователи. Многие проблемы, которые и сегодня волнует юридическую общественность, получили оригинальную трактовку в трудах известных дореволюционных правоведов. Одним из ученых-юристов являлся Г.Ф. Шершеневич, который оказал значительное влияние на развитие юридической науки. Исследователи справедливо отмечают, что выход в свет основных научных трудов Г.Ф. Шершеневича открыл новый этап в развитии юридического позитивизма, «поскольку, наряду с ранее сформулированными положениями он актуализировал и другие важные проблемы юридической науки»².

В России во второй половине XIX в. сложились благоприятные условия для развития юридического позитивизма. Бурное развитие капитализма требовало юридического оформления. Именно в этот период сформировалось полноценное законодательство, для юридического оформления которого было востребовано так называемое догматическое направление юридической науки. К этому же времени в правовой науке европейских государств, и прежде всего Германии, были проведены первые исследования о способах и методах работы с правовым материалом. В частности, это труды Р. Иеринга. Автор помимо прочего указывал, что юридиче-

¹ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 357.

² Желдыбина Т.А. Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2007. С. 21.

ская техника является скорее искусством, чем наукой¹. Представители догматической юриспруденции ограничивались изучением действующего законодательства. При этом сторонники юридического позитивизма (в том числе и юридического) считали, что право на жизнь имеют только частные науки, а философия как научная дисциплина не состоятельна². «Сырой материал, уже обработанный, систематизированный и обобщенный рядом наук, поступает в философию только для окончательной отделки»³, — отмечал Г.Ф. Шершеневич.

Как видно, ценность философии почти отрицается, что соответствует традициям позитивизма. В таком же духе автор относится и к философии права. Так, ученый писал, что «среди юридических наук философия права призвана играть в миниатюре ту же роль, какая выпала на долю философии в отношении всего человеческого знания... Философия права должна ставить своей задачей то же, что составляет предмет изучения отдельных юридических наук»⁴ и должна оперировать «только теми методами, которыми пользуются отдельные юридические науки»⁵.

Позитивисты, в том числе и Г.Ф. Шершеневич, призывали «иметь дело» только с правовыми явлениями и только описанием их существования и функциональной связи между ними без попытки проникнуть в их сущность⁶. Таким образом, из теоретической юриспруденции исключались проблемы сущности и аксиологии. В.Д. Зорькин справедливо утверждает, что «знание права освободилось от философской интерпретации, а общая теория права превращалась в обобщенный обзор систем знаний конкретных отраслевых наук»⁷.

Теоретическая задача философии права, по мнению Г.Ф. Шершеневича, заключается в исследовании тех главных понятий, которые лежат в основе юридических наук и которые принимаются ими большей частью догматически. Высшим и основным понятием является понятие права. Сюда же относятся вопросы об образовании права, о нарушении права, о применении права, о создаваемых правом отношениях. Философия в своей теоретической части «не должна подставлять под реальные понятия свои идеальные представления, выдавать за право то, что, по ее мнению, должно бы быть правом»⁸. При этом автор конкретизирует свою идею: «философия права с теоретической стороны ограничивается установлением отличительных признаков тех явлений общественной жизни, которые носили и носят в разное время и у разных народов название права, государства, преступления и т.п.»⁹. Однако у философии права имеется и практическая задача. Г.Ф. Шершеневич это объясняет тем, что общество всегда стремится к идеалу; а правоведение, порвав с традициями теории естественного права, создало пустоту. Теоретические и практические задачи предопределяют деление философии права на две части: теоретическую и практическую. Первую ученый называет общей теорией права,

¹ См.: *Иеринг Р.* Юридическая техника // Избранные труды. В 2 т. Т. 2. СПб., 2006. С. 320.

² См.: *Философский энциклопедический словарь.* М., 1983. С. 505.

³ *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. М., 1911. С. 10.

⁴ Там же. С. 19.

⁵ Там же.

⁶ См.: *Зорькин В.Д.* Позитивистская теория права России. М., 1978. С. 36.

⁷ Там же. С. 39.

⁸ *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 1. С. 20.

⁹ Там же.

а вторую — политикой права. При этом автор добавляет еще третью часть — историю философии права. Думается, что ученый выделил историю философии права как метод изучения правовых явлений.

Интересными представляются взгляды Г.Ф. Шершеневича о политике права, поскольку современные исследователи указывают на него как на одного из родоначальников правовой политики¹.

Политика права выводится за рамки теории права и рассматривается как прикладная наука на стыке философии, социологии, психологии, этики. «Политика права, предполагающая в систематическом виде объединенные общей идеей меры достижения социальных целей, не есть наука, а искусство, или, лучше сказать, является не чистой наукой, а прикладной. Теоретическую основу для политики права составляют догматика, история, социология, психология», — писал автор².

Поскольку «практическая» часть философии права (политика права), по мнению Г.Ф. Шершеневича, находится вне общей теории права, то вся в целом «философия права», считает он, является не юридической дисциплиной, а составной частью философии³.

Следовательно, теория права отождествляется с догмой права. А политика права или политика законодательства является не юридической дисциплиной, а частью политики.

Ученый крайне отрицательно относился к теории естественных прав. Он утверждал: «Если естественное право нормирует жизненные отношения так же, как и положительное право, а не так, как это делает нравственность, то мы имеем перед собой несомненный и непостижимый дуализм. Если же естественное право выполняет задачу нормирования не так, как положительное право, то объект философии права рассматриваемого направления лежит где-то вне права. Что бы ни понимать под естественным правом, но одно, несомненно, для всех: оно резко противопоставляется положительному праву»⁴. Но при этом, по словам автора, истинное право должно быть одно. И для устранения указанного дуализма необходимо отбросить понятие о естественном праве⁵.

Автор выдвигал свои соображения о понятии права. Весь юридический материал должен быть обобщен с помощью единого видового формального понятия нормы права, которое, в свою очередь, подводится под родовое понятие социальной нормы, также определяемой чисто формалистически⁶. Автор закономерно приходит к следующему определению: «Право есть нормы поведения, сопровождающиеся угрозой на случай их нарушения страданием, причиненным органами государства»⁷. Конечно же при таком типе правопонимания государство неоправданно возвышается.

«Государство — источник права, а право — произведение государства», «право есть функция государства», — писал он⁸. Более того, государство выводится

¹ См., например: *Малько А.В.* Теория правовой политики: монография. М., 2012. С. 7, 10.

² *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. Вып. 4. С. 804–805.

³ Там же. С. 25.

⁴ Там же. С. 33.

⁵ Там же. С. 34.

⁶ Там же. С. 277.

⁷ Там же. С. 368.

⁸ Там же. С. 212, 314.

из подчинения права. «Государственная власть не подчинена праву, потому что требование, обращенное к самому себе под угрозой, не имеет никакого значения. В действительности государственная власть находится всецело под санкцией общественного мнения, и этим правила ее деятельности переносятся в сферу морали»¹. Очевидно, что государство по своей природе не может быть под судом общественности. Г.Ф. Шершеневич, на наш взгляд, не мог не понимать нереалистичности таких выводов. Скорее всего ученый был заложником своего учения, теоретической системы. Верил ли он в реальность общественных санкций? Думается, что нет².

В заключение отметим, что в целом, безусловно, позитивистская теория даже с существенными недостатками носила прогрессивный характер по сравнению с предыдущими учениями и теориями. Наиболее яркой фигурой юридического позитивизма был Г.Ф. Шершеневич, который не только оставил после себя классические труды по частному праву, но и являлся одним из ведущих представителей теоретической юриспруденции.

Г.Р. Хабибуллина,

к.ю.н.,

доцент кафедры конституционного и административного права,
Казанский (Приволжский) федеральный университет

Защита принципов частного и публичного права в практике регионального конституционного правосудия

Как известно, закон предписывает органам конституционного правосудия субъектов Российской Федерации принимать решения, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов. В частности, оценивая намерения законодателя или иного субъекта правотворчества, органы конституционного правосудия произвольно участвуют в совершенствовании юридического режима регулирования отраслей частного и публичного права.

Как показывает конституционно-судебная практика в субъектах Российской Федерации, к основным формам такого участия относятся:

1) выявление предмета регулирования спорной правовой нормы (акта) путем установления ее связей с конституционным институтом разграничения предметов ведения и полномочий, структура которого во многом определяется системой российского права «как обусловленной характером общественных отношений внутренним строением (или структурой) права, выраженной в объединении состав-

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 4. С. 299.

² См.: Желдыбина Т.А. Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича: автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2007. С. 25.

ляющих его норм права в институты, подотрасли и отрасли права»¹, а также системой законодательства как «совокупностью нормативных актов, которая строится как с учетом отраслевого принципа, так и без его учета»²;

2) определение в установленных законом пределах (пределах проверки) тех приемов, способов и средств воздействия на общественные отношения, которыми располагает спорная правовая норма (акт) в соотношении с взаимосвязанными нормами основных законов;

3) выявление иерархических связей между спорной правовой нормой (актом) и конституционным принципом права как «отправным началом, исходной идеей, которая является, в конечном итоге, источником регулирования другого правила поведения»³.

В целях совершенствования юридического режима частноправового и публично-правового регулирования общественных отношений органы конституционного правосудия обращаются к исследованию правоприменительной практики, сложившейся на основе рассматриваемых правовых норм (актов).

В отдельных итоговых решениях органов конституционного правосудия субъектов Российской Федерации единство спорной правовой нормы (акта) и практики ее применения является настолько нерасторжимым, что позволяет рассматривать сложившуюся правоприменительную практику в качестве дополнительного (вторичного) объекта судебного конституционного контроля.

Так, в Постановлении Конституционного суда РТ от 14 марта 2002 г. № 4-П⁴ основное внимание уделяется исследованию правоприменительной практики Администрации Вахитовского района г. Казани и ее структурного подразделения, сложившейся на основе оспариваемых правовых норм, нарушивших, по мнению заявителя, ст. 12 Конституции РТ, согласно которой собственность неприкосновенна, а принудительное отчуждение ее объектов допускается в порядке реквизиции или классификации в соответствии с законом. Необходимо отметить, что в юридической науке принцип неприкосновенности собственности, предполагающий обеспечение возможности собственнику беспрепятственно осуществлять все имеющиеся у него правомочия в отношении принадлежащему ему имущества⁵, относится к категории конституционного принципа общего института собственности⁶, вокруг которого формируется вся система частных и публичных норм⁷, а также важнейшего начала гражданско-правового регулирования общественных отношений, осново-

¹ Лазарев В.В., Липень С.В. Теория государства и права: учебник для вузов. 2-е изд., исп. и доп. М., 2000. С. 250.

² Бобылев А.И. Современное толкование системы права и системы законодательства // Государство право. 1998. № 2. С. 24.

³ Вагина Н.М. Принципы публичного права. Самара, 2004. С. 143–144.

⁴ Постановление Конституционного Суда РТ от 14 марта 2002 г. № 4-П по делу о проверке конституционности пунктов 1 и 2 Указа Президента РТ от 2 сентября 1999 г. № УП-705 «О некоторых особенностях предоставления жилых помещений гражданам, проживающим в ветхом жилищном фонде» в связи с жалобой гражданки Ф.Р. Саидовой // Конституционный суд Республики Татарстан. Постановления. Определения. 2001–2005 / под ред. В.Н. Демидова. Казань, 2006. С. 50.

⁵ См.: Живихина И.Б. Гражданско-правовые проблемы охраны и защиты права собственности: автореф. дис. ... д.ю.н. М., 2007. С. 41.

⁶ См.: Козлов Л.В. Роль правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации в развитии конституционных принципов института собственности: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2011. С. 9.

⁷ См.: Прозоров И.В. Закрепление института собственности в конституционном праве России: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010. С. 10.

полагающего принципа гражданского права, который в силу своей близости фундаментальным общеправовым принципам, в том числе началу справедливости, выходит за рамки гражданского права и сближается с межотраслевыми принципами¹.

Итак, исследуя в том числе сложившуюся правоприменительную практику, Конституционный суд РТ пришел к выводу о том, что содержащиеся в п. 1 Указа Президента РТ положение о регистрации граждан по месту жительства в жилом доме (помещении), в том числе и после признания его в установленном порядке непригодным для постоянного проживания (ветхим), как в буквальном смысле, так и в смысле придаваемом сложившейся правоприменительной практикой, не повлекло за собой приобретения ими права на жилую площадь, а только удостоверило акт свободного волеизъявления при выборе места проживания и жительства. И следовательно, по своему содержанию и конституционно-правовому смыслу положения п. 1 Указа Президента РТ от 2 сентября 1999 г. № УП-705 «О некоторых особенностях предоставления жилых помещений гражданам, проживающим в ветхом жилищном фонде» не вступили в противоречие с требованиями ст. 12 Конституции РТ, не разошлись с действующим федеральным законодательством, правовой позицией Конституционного Суда РФ, изложенной в Постановлении от 2 февраля 1998 г. № 4-Б, и предполагают их неуклонное соблюдение.

В тех случаях, когда правоприменительная практика объявляется подведомственной специализированному судебному органу конституционного контроля (Республика Саха (Якутия)), она подлежит отдельной проверке по требованию уполномоченных субъектов обращения.

В частности, согласно Постановлению Конституционного Суда Республики Саха (Якутия) от 29 мая 2003 г. № 6-П² объектом проверки конституционности стала правоприменительная практика, сложившаяся на основе оспариваемых нормативных правовых актов Республики Саха (Якутия), в контексте принципов социальной солидарности (социального государства) и принципа поддержания доверия граждан к закону и действиям государства.

Обосновывая легитимность и конституционность правоприменительной практики Пенсионного фонда Республики Саха (Якутия) 1991–2000 гг., сформированной на основе Постановления Правительства РСФСР от 4 февраля 1991 г. № 76 «О мерах по социально-экономическому развитию районов Севера», предоставившего республикам в составе Российской Федерации, крайисполкомам, облисполкомам и исполкомам Советов народных депутатов автономных областей право устанавливать районные коэффициенты к заработной плате рабочим и служащим в пределах действующих на их территории минимального и максимального размеров этих коэффициентов, Конституционный суд Республики Саха (Якутия) отметил ее связь с правовыми нормами ст. 3, 23 и 52 Конституции Республики 1991 г.,

¹ См.: *Гайдук А. С.* Гражданско-правовые принципы неприкосновенности собственности: автореф. дис. ... к.ю.н. Рязань, 2003. С. 8–9.

² Постановление Конституционного Суда Республики Саха (Якутия) от 29 мая 2003 г. № 6-П по делу о проверке конституционности постановлений Верховного Совета Якутской-Саха ССР от 28 июня 1991 г. № 539-III «Об упорядочении районных коэффициентов к заработной плате, пенсии, стипендиям, пособиям и другим выплатам населению, проживающему на территории Якутской-Саха ССР» и Совета Министров Якутской-Саха ССР от 24 сентября 1991 г. № 486 «О порядке применения районных коэффициентов к заработной плате, пенсиям, стипендиям, пособиям и другим выплатам населению, проживающему на территории Якутской-Саха ССР» // <http://sakha.gov.sites/default files/page files/2010-11/112>

а также договорными нормами Соглашений с участием Правительства Республики Саха (Якутия) и Пенсионного фонда РФ 1994 и 2000 гг.

Отметив достижение относительно высокого уровня пенсий в Республике Саха (Якутия) на основе применения упорядоченных районных коэффициентов, Конституционный суд Республики Саха (Якутия) посчитал, что отказ от такой правоприменительной практики означал бы, во-первых, умаление приобретенных прав для лиц, проживающих и работающих в Республике, и, во-вторых, нарушение принципа поддержания доверия граждан к государству, изложенного в Определении Конституционного Суда РФ от 5 декабря 2002 г. № 320-О.

Таким образом, обеспечивая верховенство конституционных принципов частного правового и публично-правового регулирования общественных отношений, региональные органы конституционного правосудия оказывают определенное влияние на взаимодействие отраслей частного и публичного права.

Ш.Ш. Ягудин,

к.ю.н., доцент,

Казанский (Приволжский) федеральный университет;
депутат Государственного Совета Республики Татарстан,
председатель Комитета Государственного Совета
Республики Татарстан по законности и правопорядку

Статус республики (государства) в составе Российской Федерации: состояние и перспективы

Российская Федерация в соответствии со ст. 1 Конституции РФ является федеративным государством. В ее составе находится 83 субъекта; из них — 21 республика, в том числе Республика Татарстан.

Республика отличается от других субъектов Российской Федерации прежде всего тем, что, наряду с выражением воли многонационального народа, проживающего на ее территории, она еще выражает волю народа (народов), давшего (давших) имя этой республике. Так, в преамбуле Конституции РТ записано, что настоящая Конституция выражает волю многонационального народа Республики Татарстан и татарского народа.

Таким образом, республика выступает и формой государственного самоопределения конкретного народа (народов), отражая многонародный состав России, национальную составляющую российского федерализма, что гарантировано Конституцией РФ. Один из принципов федеративного устройства Российской Федерации, закрепленный в ст. 5 ее Конституции, так и называется: «равноправие и самоопределение народов в Российской Федерации».

Статус республики, согласно ст. 66 Конституции РФ, определяется Конституцией РФ и конституцией республики. Следовательно, в статусе республики можно выделить федеральную и региональную составляющие. Федеральная — является общей для всех республик, региональная — индивидуальна, самобытна и полностью зависит от творческого потенциала республики.

В Конституции РФ республика определяется государством. Эта высшая из шести разновидностей составных частей Российской Федерации. Республика имеет свою конституцию и законодательство, территорию, устанавливаемую самостоятельно систему органов государственной власти, вправе устанавливать свои государственные языки. Согласно ст. 73 Конституции РФ республики, как и все субъекты, по вопросам своей компетенции обладают всей полнотой государственной власти. Такова федеральная составляющая. Она в основном стабильна.

Каких-либо изменений в Конституцию РФ в этой части со дня ее принятия не внесено. Вместе с тем, федеральная составляющая статуса, как и сам статус республики, не есть застывшая субстанция, она развивается.

Происходит это прежде всего за счет правовых позиций Конституционного Суда РФ, рассматривающего различные аспекты статуса и государственности республики (вопросы суверенитета, гражданства, полномочия в республике и др.). В частности, здесь можно было бы назвать такие его решения, как Постановление от 7 июня 2000 г. № 10-П, Определение от 27 июня 2000 г. № 92-О¹.

Вопросы статуса республики регламентируются и федеральными законами, что противоречит положению ч. 1 ст. 66 Конституции РФ о том, что статус республики определяется Конституцией РФ и конституцией республики. В качестве примера можно назвать дополнение ст. 4, 18 Федерального закона от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» положениями о пределах численного состава депутатов законодательных органов субъектов Российской Федерации, о наименовании высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. Такой подход противоречит одной из фундаментальных основ конституционного строя Российской Федерации — принципу федерализма.

Федерализм — судьба России и он на деле должен стать реальным, полноценным и полнокровным, а не декларируемым, урезанным и виртуальным.

К сожалению, современный российский федерализм чрезмерно централизован, особенно в законодательной, финансово-бюджетной, налоговой и других сферах, что делает субъекты Российской Федерации лишь простыми исполнителями воли федерального центра. Между тем субъекты Российской Федерации имеют собственные конституционно закрепленные предметы ведения и полномочия, которые буквально сводятся на нет вторгающимися в них федеральными законами.

За последние годы существенно ограничены пределы и объемы законодательного регулирования парламентами субъектов Российской Федерации за счет изъятия их полномочий в федеральный центр под видом придания этим полномочиям статуса «общих принципов». В результате федеральное законодательство, вместо того чтобы в сферах совместного ведения быть рамочным, все более и более становится в этой сфере детальным, мелочным, подменяющим гарантированную ст. 5, 11, 66, 68, 72, 73, 76, 77, 78 Конституции РФ самостоятельность субъектов Российской Федерации и обладание ими всей полнотой государственной власти вне пределов ведения Российской Федерации и ее полномочий по предметам совместного ведения.

Положению ч. 2 ст. 77 Конституции РФ об общих принципах организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленных

¹ СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728; № 29. Ст. 3117.

федеральным законом, назрела необходимость придать истинный федералистский смысл, ограничив указанные общие принципы немногочисленными общими рамочными пределами.

Наряду с федеральной важной является более динамичная региональная составляющая статуса республики, определяемая в ее конституции и придающая ей наряду с общими чертами, характерными для республик — государств, неповторимую индивидуальность и самобытность. Покажем это на примере Татарстана.

Так, в ст. 9 Конституции РТ закреплено, что органы государственной власти Республики Татарстан при осуществлении своих полномочий учитывают исторические, национальные и иные особенности, а в ст. 14, что Республика Татарстан оказывает содействие в развитии национальной культуры, языка, сохранении самобытности татар, проживающих за пределами Республики Татарстан. В ч. 5 ст. 57 Конституции РТ устанавливается, что Республика Татарстан обеспечивает сохранение и защиту интеллектуального и художественного наследия, сохранение и развитие культуры татарского народа, национальных культур представителей других народов, проживающих на территории Республики Татарстан.

В ходе развития республики появляются новые институты, новые подходы, способствующие ее поступательному росту, например, учреждение в Конституции РТ должности Государственного советника Республики Татарстан, на которую назначен первый Президент Республики Татарстан М.Ш. Шаймиев, вносящий неоценимый вклад в развитие государственности республики, восстановление и сохранение исторических памятников на ее территории.

Уникальным и единственным является Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и Республики Татарстан, подписанный 26 июня 2007 г. в г. Москве и утвержденный Федеральным законом от 24 июля 2007 г. В 2012 г. ему исполнилось пять лет.

Договор в новых условиях продолжил традицию договорных взаимоотношений Российской Федерации и Республики Татарстан, заложенных еще первым подобным актом от 15 февраля 1994 г.

Сегодня российско-татарстанская договорная практика привносит в теорию, законодательство и практику российского федерализма новое, а именно элементы договоренности сторон, обогащает их, поднимает российский федерализм на новую ступень развития. Поэтому реализация Договора — задача и федеральная, и региональная.

Одной из отличительных особенностей Республики Татарстан является тот факт, что в пределах Республики Татарстан проживает лишь 25% татарского этноса. Остальные 75% расселены по субъектам Российской Федерации, по странам ближнего и дальнего зарубежья. Этот фактор является одним из определяющих в формировании статуса и полномочий Республики Татарстан.

Так, в ст. 14 Конституции РТ, как отмечалось выше, устанавливается, что Республика Татарстан оказывает содействие в развитии национальной культуры, языка, сохранении самобытности татар, проживающих за пределами Республики Татарстан.

Указом Президента РТ от 3 июня 2008 г. № УП-312 утверждена Концепция государственной национальной политики Республики Татарстан, одним из важных направлений которой является работа с соотечественниками, решение их назревших проблем, а также образован Координационный совет по делам соотечественников при Президенте РТ.

Важную роль во взаимодействии Республики Татарстан с соотечественниками играют 24 постоянных представительства Республики Татарстан. Это наибольшее количество представительств среди субъектов Российской Федерации. В соответствии с Конституцией и Законом РТ «О представительствах Республики Татарстан» они создаются в целях реализации государственной политики Республики во взаимоотношениях с Российской Федерацией и ее субъектами и всестороннего развития ее внешних связей, в том числе международных и внешнеэкономических.

Согласно ст. 68 Конституции РФ республики вправе устанавливать свои государственные языки. Государственными языками в Республике Татарстан, согласно ее Конституции, являются равноправные татарский и русский языки. В настоящее время в Республике действует утвержденная законом Государственная программа Республики Татарстан по сохранению, изучению и развитию государственных языков Республики Татарстан и других языков в Республике Татарстан на 2004–2013 годы, а с января 2013 г. в Республике Татарстан действует Закон РТ «Об использовании татарского языка как государственного языка Республики Татарстан».

Вместе с тем поступательное федеративное развитие Российской Федерации порой омрачается новыми вызовами и проблемами. Так, в последнее время усилились негативное отношение и нападки со стороны отдельных партий, политических деятелей, депутатов Государственной Думы на такие институты российского федерализма, как нации, народы, республики, договоры, а также на российский федерализм в целом.

Так, В.В. Жириновский считает, что не может быть республики в составе республики, что пока существует ст. 5 Конституции РФ об основах и принципах федерализма страна под угрозой расчленения и распада.

Ему вторит лидер партии «Гражданская платформа» М. Прохоров, утверждая, что разделение на национальные округа и республики нецелесообразно с экономической точки зрения, что есть необходимость упразднения национальных субъектов и переход к административно-территориальному делению России.

Однако такие предложения явно противоречат Конституции РФ и, по сути, являются провокационными. Что касается национально-государственного строительства, то экономическая целесообразность здесь — не самый главный критерий. Утрата государственности республик неминуемо приведет со временем и к исчезновению многих народов Российской Федерации, а возможно, и к распаду самой Федерации.

Статус и государственность Татарстана, как и республик Российской Федерации в целом, обладают огромным потенциалом развития. Его надо выявлять, структурировать и запускать в работу. Этому призвана способствовать и утвержденная Указом Президента РФ от 19 декабря 2012 г. № 1666 Стратегия государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года, хотя о республиках, в ней не говорится ни слова. Между тем в них олицетворяется вся жизнедеятельность народов, давших имя республикам. Стратегию в этой части целесообразно было бы скорректировать.

Нет сомнения в том, что республики как государственная форма жизнедеятельности народов Российской Федерации на современном этапе востребованы, поскольку адекватно по мере возможностей обеспечивают их поступательное демократическое развитие. В этой связи последовательное, с учетом новых вызовов совершенствование статуса республики, ее федеральной и региональной составляющей — назревшая на сегодня политико-правовая задача.

СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово (П.В. Крашенинников).....	3
Предисловие.....	6

Раздел 1. Творческое наследие Г.Ф. Шершеневича и казанская правовая школа

А.Ш. Хабибуллина, М.Ю. Чельшев, И.В. Эстулин Габриэль Феликсович Шершеневич: годы жизни, учебы, творчества в Казани.....	19
Д.Н. Горшунов Теоретико-правовое наследие Г.Ф. Шершеневича: вневременная актуальность.....	24
Т.Г. Макаров, З.Ф. Сафин, М.Ю. Чельшев От кафедры права гражданского, уголовного и судопроизводства Императорского Казанского университета до кафедры гражданского и предпринимательского права Казанского (Приволжского) федерального университета	28
К.М. Арсланов О значении практики в юридическом образовании: влияние трудов Д.И. Мейера и его последователей на формирование современной концепции	32

Раздел 2. Современные цивилистические исследования и идеи Г.Ф. Шершеневича

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА	36
В.В. Васильев Дуализм понимания сущности внутриотраслевых связей в гражданском праве	36
В.Г. Голубцов Воззрения классиков дореволюционной российской цивилистики как основа современного учения о конвергенции публичного и частного права	39
С.Н. Ермолаев Совместное обладание имущественными правами в гражданском праве.....	42
О.А. Ищенко, К.Г. Салтыков Оценочные понятия в гражданском праве	45
Е.Г. Комиссарова Право на профессиональную честь в свете учения Г.Ф. Шершеневича о нравственности	47
В.В. Кулаков О роли принципов гражданского права в правовом регулировании общественных отношений.....	50
А.В. Майфат Добросовестность и изменения, вносимые в Гражданский кодекс Российской Федерации	53
М.С. Маслов Некоторые особенности возникновения гражданских прав и обязанностей на основании судебного решения: взгляды Г.Ф. Шершеневича и современность.....	54

С.Ю. Морозов Конвергенция частного и публичного права во взглядах Г.Ф. Шершеневича.....	57
Д.В. Носов Изменение гражданского правоотношения как предпосылка к правопреемству в гражданском праве	59
А.Я. Рыженков Оценочные категории в земельном праве.....	62
В.Н. Соловьёв Г.Ф. Шершеневич и развитие науки гражданского права в России	69
С.Ю. Филиппова Реализация идеи Г.Ф. Шершеневича о цели науки и ее связи с практикой в современном частном праве	73
Ф.И. Хамидуллина «Право должно быть нравственно» (Г.Ф. Шершеневич о действии права и нравственности)	76
Л.А. Чеговадзе О частных и публичных началах современного гражданско-правового регулирования	78
Источники ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА	83
А.В. Дашко Существо отношений как источник гражданско-правового регулирования	83
О.В. Зайцев Наследие Г.Ф. Шершеневича как основа реформирования современного гражданского законодательства	86
И.Ю. Куфёлкина Проблемы правового регулирования трансплантации органов и тканей человека.....	89
Т.Н. Малая Отражение идей Г.Ф. Шершеневича в современном гражданском законодательстве	91
В.Д. Рузанова Система гражданского законодательства и система гражданского права: параметры соотношения и особенности взаимодействия на элементарном уровне	94
Е.М. Тужилова-Орданская Правовая природа отношений, возникающих по поводу трансплантации органов и тканей человека	97
СУБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА	100
Г.В. Березина Современная классификация создаваемых акционерных обществ в России	100
А.В. Богданов Юридикто-фактические основания передачи полномочий единоличного исполнительного органа акционерного общества управляющей организации	103
В.И. Борисова Гражданско-правовые аспекты деятельности непредпринимательских организаций в Украине.....	106
Ю.О. Вербицкая Новые правила регулирования ассоциаций и союзов	109

Л.З. Газизуллина Правовой статус совета многоквартирного дома.....	112
Е.И. Захарова Признак имущественной обособленности юридического лица в теориях юридического лица	113
А.В. Зубарев Роль принципа диспозитивности в компетенции общего собрания общества с ограниченной ответственностью.....	116
Ф.С. Карагузов Научное наследие Г.Ф. Шершеневича и корпоративное законодательство Республики Казахстан	119
А.С. Касатов Современные тенденции развития учения о дееспособности несовершеннолетних предпринимателей	122
А.А. Клячин Государственная регистрация юридических лиц в свете изменения гражданского законодательства	125
Н.Э. Мигукина Аффилированность в системе юридических конструкций гражданско-правовой отрасли.....	127
Н.С. Мустафина О правосубъектности юридического лица и моменте ее возникновения.....	130
Т.Ф. Намаев Некоторые вопросы определения публично-правовых субъектов частного права.....	133
Е.Г. Опыхтина Микрофинансовые организации с позиции учения Г.Ф. Шершеневича о торговых товариществах	135
С.В. Осипова К вопросу об основаниях эмансипации.....	138
Л.Л. Сабирова Учения о юридических лицах в дореволюционном отечественном гражданском праве: отдельные аспекты	141
С.Б. Селецкая К вопросу о гражданской правосубъектности ограниченных в дееспособности и недееспособных граждан	145
А.А. Толмачев Переход прав участника общества с ограниченной ответственностью к приобретателю доли в уставном капитале.....	148
Ж.И. Трифонова К вопросу о дееспособности несовершеннолетних граждан с ограниченными возможностями	150
А.Ш. Хабибуллина Система управления юридическим лицом	153
И.С. Храмова Положительные и отрицательные моменты функционирования акционерных обществ: актуальность идей Г.Ф. Шершеневича в современной правовой действительности.....	156

А.Т. Хусаенов К вопросу о специальной правоспособности страховщика	158
З.И. Цыбуленко О некоторых тенденциях развития законодательства России о правах граждан	160
О.А. Чепарина Корпоративные отношения с участием некоммерческих организаций	163
ОБЪЕКТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ	166
Е.В. Басос Вопрос о делимости зданий в российском дореволюционном праве	166
О.А. Бегешева Искусственный земельный участок как объект гражданских прав	168
Е.И. Высоцкая Правовой режим товаров	172
М.Н. Греков Вклад Г.Ф. Шершеневича в зарождение рынка производных финансовых инструментов в России	175
Д.Е. Медведев Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича применительно к реалиям современности в вопросах исследования объектов нефтегазодобывающих производств как объектов гражданских прав	178
Р.Н. Салиева Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича об отнесении к недвижимости полезных ископаемых, находящихся в недрах, и современность	180
И.Ф. Сюбарева Понятие «имущество» в научном наследии Г.Ф. Шершеневича	183
Ф.К. Турдиматов Вещи как объекты гражданских прав в трудах Г.Ф. Шершеневича	186
Д.Ф. Шамсеева Теория объектов гражданских прав: научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность	189
ВЕЩНОЕ ПРАВО	192
З.А. Ахметьянова Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича на понятие вещного права	192
Р.Р. Галяутдинова Конвергенция публичного и частного права в вопросах предоставления земельных участков под захоронение физических лиц	195
А.И. Гатин Укрепление вещных прав на земельные участки: история развития цивилистической доктрины	197
А.И. Гимадиев Публичный сервитут как элемент конвергенции частного права	200
Э.А. Гряда Возникновение права государственной собственности на земельные участки: баланс публичных и частных интересов	202

А.В. Гудцова Дореволюционный опыт регулирования отношений, связанных с находкой	204
И.А. Емелькина Категория вещного права в работах Г.Ф. Шершеневича и современная цивилистическая дискуссия	209
А.Б. Ефимов Государственная регистрация ограничений прав на недвижимое имущество	212
П.З. Иванишин Бесхозяйные сети, возникающие при строительстве многоквартирного дома: частноправовой и публично-правовой подход	215
М.Н. Илюшина Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и перспективы создания и регулирования права личного пользования (узуфрукта) в Проекте изменений ГК РФ	218
Е.В. Косенко Залоговое право: история и современность	221
Д.В. Лоренц, А.И. Меркурьева Ренессанс соседских прав в Проекте ГК РФ как отражение научных воззрений Г.Ф. Шершеневича	224
А.А. Масалимова Самозащита фактического владения по гражданскому праву России: проблемы и перспективы развития	227
З.К. Мустафина Приобретение права собственности на постройки в трудах профессора Г.Ф. Шершеневича	230
Л.М. Мухаметзянова Круг лиц, участвующих в делах о признании права собственности на самовольную постройку	233
Э.Ф. Нигматуллина Осуществление и защита права собственности на земельные участки	236
Т.П. Подшивалов Идея о значении правомочия пользования в трудах Г.Ф. Шершеневича	241
М.Н. Рахвалова Пользовление в российском гражданском праве: воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность	244
О.М. Родионова Соглашения об установлении сервитута как гражданско-правовые акты, направленные на определение порядка осуществления гражданских прав	247
Ф.П. Румянцев О современной конвергенции гражданского и земельного законодательства при регулировании отношений в сфере оборота земель сельскохозяйственного назначения	250
Т.П. Строгонова Изменения в правовом положении членов семьи собственника жилого помещения	253
С.И. Трошкин Право приобретения чужой недвижимой вещи в контексте вещных и обязательственных правоотношений	255

В.Н. Циома

Идеи профессора Г.Ф. Шершеневича по аграрному вопросу и современная система охраны права собственности на земельные участки 258

Сделки.....261

С.Н. Александрова

Внесение предоплаты за долю до нотариального удостоверения сделки:
выбор подходящей правовой конструкции.....261

Е.В. Вавилин

Вспомогательные сделки и секундарные права: функциональное значение 264

М.М. Валеев

О содержании категории «делкоспособность».....268

Е.В. Ельникова

Оспаривание сделок, совершенных единоличным
исполнительным органом с превышением полномочий 270

С.С. Желонкин

Отдельные вопросы учения Г.Ф. Шершеневича о недействительности сделок
в современных условиях модернизации частного права 274

А.В. Каменщиков

Развитие идей Г.Ф. Шершеневича в построении российской правовой
модели противодействия антисоциальным сделкам 277

П.В. Кочергин

Оспаривание обеспечительных сделок должника по мотиву
злоупотребления правом при совершении сделки 280

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО 285

А.А. Аняьева

Фрахтование: подход законодателя должен быть единым 285

Е.В. Ахтямова

Эволюция понятия туристского продукта в Законе «Об основах туристской
деятельности в Российской Федерации» и его определение в туристской практике 287

А.Р. Бадретдинова

Договор займа с участием публично-правовых образований
как юридическая конструкция и гражданско-правовой субинститут 290

Н.Л. Бондаренко

О праве субъектов гражданского оборота Республики Беларусь
на выбор вида заключаемого договора.....292

М.А. Булыгина

Мена недвижимости 295

А.А. Демин

Договорное регулирование как вид гражданско-правового регулирования 297

А.А. Диденко

Соотношение частных и публичных начал в правовом регулировании размещения
государственного заказа.....301

Л.М. Дмитриева

Систематизация последствий неисполнения гражданско-правовых
обязанностей по критерию порядка их реализации 303

М.А. Егорова

Действительность предварительного договора, заключенного
в момент невозможности его исполнения 306

В.В. Зайцев

Некоторые вопросы обеспечения исполнения обязательств в трудах
Г.Ф. Шершеневича 309

О.Ф. Ильина

Основания возникновения обязательств по римскому праву и гражданскому
праву России: сравнительный анализ 311

Е.В. Кобчикова

Договор об образовании 314

Е.Ю. Ковалькова

Значение идей Г.Ф. Шершеневича о праве и нравственности
для развития и совершенствования законодательства о размещении заказов 318

Е.Б. Козлова

Конвергенция частных и публичных интересов в договорных отношениях
в области создания объектов недвижимости 320

Г.В. Колодуб

Значение научного наследия Г.Ф. Шершеневича для исследования
категории «исполнение гражданско-правовой обязанности» 323

К.И. Коробко

Форма договора на оказание платных медицинских услуг,
предоставляемых субъектами частной системы здравоохранения 326

К.В. Костина

О проблеме гармонизации частных и публичных интересов в гражданско-правовом
регулировании отношений по оказанию услуг подвижной
радиотелефонной связи в современной России 328

А.В. Кузьмина

Толкование новой категории договоров: от цивилистической мысли начала XX в.
к современным проблемам 331

О.И. Лебедева

Правовая природа несправедливых условий договора 334

О.А. Минеев

Проблемы надлежащего исполнения обязательств в современном
гражданском обороте 337

Л.Р. Миненкова

Предварительный договор в гражданском законодательстве:
история и современное регулирование 340

С.Н. Мызров

Взгляды Г.Ф. Шершеневича на вопросы регулирования арендных отношений 342

О.Н. Низамиева

Сущность договора: взгляды Г.Ф. Шершеневича и современные концепции 343

Е.М. Подрабинок

Сравнительный анализ порядка определения стоимости
жилого помещения при участии граждан в долевом строительстве и кооперативах 347

Ю.В. Рогова

Конструктивно-критический анализ учения Г.Ф. Шершеневича о договоре
в контексте современных научных исследований 350

Р.Р. Сафин Межотраслевые связи договора личного найма в работах Г.Ф. Шершеневича	353
Ю.А. Серкова Юридическая конструкция возмездного договора: научные воззрения Г.Ф. Шершеневича и современность.....	355
Н.А. Синева Правовое регулирование договора оптовой купли-продажи	358
М.Б. Смирнова Влияние взглядов Г.Ф. Шершеневича на современное учение о гражданском и страховом правоотношении в отечественной цивилистике	361
П.В. Сокол Договор об оказании услуг специализированного депозитария в отношениях по обеспечению жильем военнослужащих посредством накопительно-ипотечной системы	363
О.С. Сотскова Некоторые проблемы договора международной воздушной перевозки пассажира и багажа	366
А.В. Сятчихин Эволюция способов обеспечения исполнения обязательств в гражданском праве России	369
Т.В. Ткаченко Право на жилище детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, и лиц из числа таких детей.....	371
А.В. Трапезникова Права, обязанности и ограничения правомочий участников договорных связей (на примере фигуры доверительного управляющего)	375
О.М. Чернова Последствия признания торгов недействительными	377
ЗАЩИТА ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ И ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ	380
Н.В. Архиереев Право на защиту деловой репутации как особое субъективное право	380
Е.В. Гаврилов Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича о компенсации морального вреда.....	383
С.Ю. Горбунов Новеллы правового регулирования защиты прав потребителей в сфере страховых правоотношений	386
Д.Н. Кархалев Компенсация морального вреда.....	388
О.Ю. Клименко Гражданско-правовые и иные отраслевые средства обеспечения безопасности российских туристов за рубежом.....	391
О.А. Кузнецова Юридическая вина в условиях конвергенции частного и публичного права.....	394
Д.Н. Латыпов О новом способе защиты гражданских прав в гражданском законодательстве	397

В.А. Петрушкин Иск о признании права (обременения) отсутствующим как самостоятельный правовой механизм защиты нарушенного права.....	400
Е.В. Рузанова Международные правовые нормы и зарубежная доктрина об ответственности за причинение вреда детям	403
О.В. Сысоева Паулианов иск: понятие, условия предъявления	406
Д.А. Торкин Пути совершенствования судебной защиты гражданских прав	409
А.А. Тюлькин Восстановление деловой репутации предпринимателя, нарушенной незаконным использованием его товарного знака	412
О.Н. Фомина Отдельные вопросы корпоративной ответственности в российском и англо-американском праве.....	415
Т.В. Шепель Развитие научных воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича о видах гражданско-правовой ответственности в современных условиях	418
КРЕДИТНО-РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ.....	421
А.Б. Афанасьев Комиссионное вознаграждение банка в договоре банковского вклада.....	421
М.В. Лушников Г.Ф. Шершеневич и развитие учения о банках	424
Н.В. Сыропятова К вопросу о понятии и значении безакцептного (беспорного) списания денежных средств с банковских счетов.....	426
А.Е. Шерстобитов Проблемы совершенствования правового регулирования кредитных отношений и модернизация Гражданского кодекса РФ	429
ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	432
С.А. Барышев Генезис договорных конструкций российского авторского права в трудах Г.Ф. Шершеневича: сравнительно-исторический аспект.....	432
И.А. Блинец, И.С. Мухамедшин Проблемы и перспективы создания и функционирования регионального рынка прав на интеллектуальную собственность (на примере Республики Татарстан)	435
Н.А. Боровинская, И.В. Боровинская Развитие законодательства о селекционных достижениях: историко-правовой аспект	438
С.С. Бородин К вопросу об обосновании концепции свободного использования произведений.....	441
М.А. Буданова Использование товарного знака в дореволюционный и современный период	444

С.Н. Быков Гражданско-правовые средства охраны компьютерных программ в практике международного коммерческого оборота	447
Н.Г. Валеева Оптимальная модель защиты произведений народных мастеров.....	451
Э.Н. Валеева Объединения юридических лиц: некоторые вопросы совместного обладания правами на объекты интеллектуальной собственности	454
В.В. Васильева Отдельные проблемы распоряжения оригиналом произведения	457
Н.В. Дельцова Об иных интеллектуальных правах	460
Т.В. Ефимцева К вопросу о соотношении инновационного права и гражданского права	462
Е.А. Кондратьева Реализация и ограничение исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности: сочетание интересов автора и общества.....	465
А.А. Крыцула Особенности изложения концепции исключительных прав в трудах Г.Ф. Шершеневича	468
Д.Д. Ландо, Е.А. Салей Актуальные вопросы правовой охраны фирменных наименований в Республике Беларусь	471
В.В. Лебедь Частноправовое и публично-правовое начало в авторском законодательстве РФ	475
Н.В. Мирина Коллизонные особенности принципа свободы договора в праве интеллектуальной собственности	478
И.Ю. Мирских Информация и интеллектуальные права	480
Е.А. Павлова Взгляды Г.Ф. Шершеневича на природу исключительных прав и часть четвертая Гражданского кодекса РФ	481
Р.Ш. Рахматулина Техническое творчество в авторском праве	484
Р.Б. Ситдиков Проблемы защиты интеллектуальных прав в суде по интеллектуальным правам	486
Р.И. Ситдикова Обеспечение баланса частных, общественных и публичных интересов авторским правом	488
О.В. Сушкова Коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности как способ введения в гражданский оборот.....	491
С.В. Усольцева Проблемы определения природы интеллектуальных прав: от истории к современности.....	494

В.А. Хохлов Профессор Г.Ф. Шершеневич и формирование российского авторского права.....	497
Г.Г. Ягфарова Частные письма как объекты авторского права	500
НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО	503
В.В. Акинфиева Некоторые гражданско-правовые проблемы наследования по завещанию	503
О.Е. Блинков Основные положения учения Г.Ф. Шершеневича о наследовании	505
Р.С. Инишина, Л.А. Мурзалимова Отдельные аспекты ограничения права на обязательную долю в наследстве	508
А.Н. Кузбагаров, И.П. Юр Публичное и частное в наследственных правоотношениях (из научных воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича)	511
Л.Б. Максимович Право на обязательную долю в наследстве: баланс интересов обязательного наследника и наследника по завещанию	516
Н.М. Савельева Особенности реализации права несовершеннолетнего ребенка на принятие наследства	519
Я.В. Турлуковский / Jarosław Jerzy Turtukowski Универсальное и сингулярное правопреемство в современном польском наследственном праве	522
МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО	528
А.И. Абдуллин Доктрина международного частного права: проблемы формирования и развития.....	528
М.В. Кривенкова Нормотворческая деятельность государства в сфере международного частного права	531
Н.А. Новикова Место <i>lex mercatoria</i> в регулировании отношений международного частного права	533
Р.А. Сошников О проблеме установления содержания норм иностранного права	536
А.М. Туфетулов К вопросу о юридическом значении Incoterms 2010	539

Раздел 3. Современное российское предпринимательское право и научные воззрения Г.Ф. Шершеневича

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА	541
И.В. Дойников Современный российский тип хозяйствования: некоторые теоретические проблемы.....	541
А.В. Михайлов Научные взгляды Г.Ф. Шершеневича и вопросы систематизации норм предпринимательского права	545

СУБЪЕКТЫ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА	548
В.К. Андреев Гражданин как лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность.....	548
Р.Р. Ганеев Понятие и виды застройщика как субъекта предпринимательской деятельности	552
А.Г. Демиева К вопросу о квалификации предпринимательской деятельности граждан	555
Л.А. Сунгатуллина Научные воззрения Г.Ф. Шершеневича об объединениях лиц в гражданском праве и современные проблемы оптимизации правового режима участников саморегулируемых организаций.....	558
Р.В. Чукулаев Правовое положение финансовой организации в обновленном законодательстве о защите конкуренции на рынке ценных бумаг	561
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ (БАНКРОТСТВО)	564
В.В. Бельченко Сохранность предмета залога при банкротстве залогодателя	564
В.П. Васильевич, Д.Х. Валеев Учение Г.Ф. Шершеневича о несостоятельности (банкротстве) и его значение для отечественной правовой науки	567
Т.М. Жукова Субсидиарная ответственность при банкротстве: исторический аспект.....	570
И.Ю. Загоруйко, Ж.В. Эстерлейн Современные проблемы законодательства о банкротстве физических лиц	573
К.С. Кондратьева Критерии несостоятельности (банкротства) индивидуальных предпринимателей.....	576
Е.С. Кочелорова Особенности продажи имущества должника в конкурсном производстве	579
А.В. Кушниренко Проблемы, возникающие в делах о несостоятельности (банкротстве) при реализации арбитражными управляющими своих полномочий	581
Л.М. Постникова Несостоятельность (банкротство) как элемент предпринимательства	585
Е.С. Тихонова Признание сделки недействительной в рамках рассмотрения дела о несостоятельности (банкротстве) юридического лица.....	588
Р.В. Файзуллин Развитие взглядов Г.Ф. Шершеневича о физических лицах как субъектах несостоятельности	590
И.Н. Фардеева Становление института несостоятельности (банкротства) в дореволюционной России	593
А.В. Черкашин Значение идей Г.Ф. Шершеневича для современного процесса несостоятельности (банкротства) в РФ.....	595

Т.П. Шишмарева	
Г.Ф. Шершеневич о мировом соглашении в процедурах несостоятельности.....	598
ТОРГОВОЕ ПРАВО	601
Л.В. Андреева	
Идеи Г.Ф. Шершеневича в современном торговом праве	601
Н.А. Баринов	
Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича на торговое право и современность.....	605
И.Е. Кабанова	
Торговое право или вновь к вопросу о дуализме	608
О.А. Серова	
Коммерческое (торговое) право как учебная дисциплина: проблемы содержания.....	610
Ю.С. Харитонова	
Учение профессора Г.Ф. Шершеневича о торговом праве как доктрина деления права на частное и публичное.....	613
КОНКУРЕНТНОЕ ПРАВО	616
О.А. Воробьева	
К вопросу о гражданско-правовом регулировании цены в условиях рынка несовершенной конкуренции	616
А.О. Иншакова	
Программная унификация как основа развития стандартизированной ВТО конкурентной политики региона.....	620
А.И. Ковшова	
Система правовых средств обеспечения конкуренции в условиях конвергенции частного и публичного права.....	624
Ю.Г. Следь	
К вопросу об уголовно-правовой ответственности за клевету в предпринимательской деятельности как форме недобросовестной конкуренции	627
Р.А. Янтыков	
Воззрения Г.Ф. Шершеневича об объединениях субъектов права в аспекте реформирования законодательства о защите конкуренции	629
ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОТДЕЛЬНЫХ ВИДОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ	632
Н.А. Айзетулова	
К вопросу об исследовании правовых стимулов и правовых ограничений инвестиционной деятельности с учетом процессов конвергенции частного и публичного права.....	632
А.Ф. Ахмадуллина	
Значение учения Г.Ф. Шершеневича о биржах для формирования и развития современной теории правового регулирования биржевой торговли	635
А.В. Валеева	
Правовые основы ценообразования на энергетическом рынке: соотношение гражданско-правового и административно-правового регулирования.....	639
С.Г. Вольский	
Ограничение в сфере рекламы как пример конвергенции частного и публичного права.....	642

А.В. Ермалович	
К вопросу о закреплении понятия спортивного спора в белорусском законодательстве	644
В.А. Завертнева-Ярошенко	
Концессия как форма государственно-частного партнерства	647
В.В. Кванина	
О причинах сбоя гарантийного механизма защиты прав контрагентов оценщиков	649
А.Ю. Комарова	
Инвестиционные услуги банков по зарубежному законодательству	652
Р.А. Маметова	
Ответственность предпринимателей в денежных обязательствах	655
Е.П. Симаева	
Проблемы конвергенции частного и публичного в предмете инвестиционного права	659

Раздел 4. Влияние идей Г.Ф. Шершеневича на семейное, трудовое право и право социального обеспечения

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО	661
Ю.В. Антоненко	
Научные воззрения на некоторые аспекты договора суррогатного материнства в современных условиях	661
Г.Х. Гараева	
Гражданский договор солидарности (PACS) как средство организации совместной жизни	664
А.Н. Левушкин	
Алиментные обязательства и проблемы их исполнения в свете реформирования семейного законодательства	665
Н.Ю. Микучтова	
Исследование правового регулирования родительской власти в работах Г.Ф. Шершеневича	668
О.Ю. Ситкова	
О функциях семьи и функциях семейно-правовых санкций	672
Н.Н. Тарусина	
Взгляды Г.Ф. Шершеневича о сущности семейного законодательства и современная семейно-правовая доктрина	675
В.И. Труба	
Конвергенция частного и публичного права на примере семейных правоотношений	678
Т.В. Шершень	
Частные и публичные начала в правовом регулировании семейных отношений	680
ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	683
А.В. Барков	
Творческое развитие идей Г.Ф. Шершеневича о социальной направленности государства в современной правовой модели социальной политики	683
Д.М. Губайдуллина	
Вклад профессора Г.Ф. Шершеневича в науку трудового права	686

Krzysztof Raczka Prawo pracy a prawo cywilne	689
Krzysztof Raczka Ochrona trwałości umownego stosunku pracy w prawie polskim	692
Krzysztof Raczka Źródła prawa pracy	704
А.М. Лушников Г.Ф. Шершеневич и генезис науки трудового права	724
Е.М. Разумовская, В.В. Цаликова Правовое регулирование социального обслуживания лиц с ограниченными возможностями здоровья (проблемы и противоречия законопроекта «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»)	727
Л.В. Санникова Частноправовая природа трудового договора.....	730

Раздел 5. Отражение взглядов Г.Ф. Шершеневича в современной науке гражданского процессуального и арбитражного процессуального права

А.Ф. Бакулин Мировая сделка и мировое соглашение	733
Б.А. Булаевский Предположения как основания правовых позиций высших судов	736
И.В. Воронцова К вопросу о формах гражданского процесса	738
К.В. Егоров, М.В. Фетюхин О пределах заключения мирового соглашения в гражданском судопроизводстве	741
Т.Б. Замотаева Правовая природа третейского соглашения	745
С.Ю. Казаченок Медиативная и арбитражная оговорка: что выбрать?	749
У.М. Мурзабулатов Медиация — миф или реальность? Опыт зарубежных стран	753
А.Р. Мухтарова Проявление судебного прецедента в виде нового обстоятельства при пересмотре судебных актов, вынесенных арбитражными судами.....	755
Л.Н. Ракитина Некоторые вопросы гражданского процессуального права в трудах Г.Ф. Шершеневича.....	758
С.А. Рыбкина К вопросу о мировом соглашении сторон	761
И.Д. Симонов Правовая природа компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок (изучение некоторых современных процессуальных явлений через призму воззрений профессора Г.Ф. Шершеневича на институт компенсации морального вреда).....	763
Т.В. Соловьева Цели реализации постановлений высших судебных органов	767

Е.Е. Уксусова Специализация судов и процессуальной формы на примере дел о банкротстве	770
Э.М. Фролович Понятие и правовая природа административно-правового спора	773

Раздел 6. Влияние учения Г.Ф. Шершеневича на современные научные исследования в области истории, теории, философии права и правовой политики

ИСТОРИЯ ПРАВА	778
М.С. Арсанукаева, А.К. Халифаева Роль обычая в правовой культуре народов Северного Кавказа (XIX – начало XX в.)	778
Е.С. Вовнякова Мотивы правового поведения европейского средневекового общества в аспекте влияния канонического права.....	781
Н.Ю. Ембулаева Исторические аспекты отделения церкви от государства в трудах Г.Ф. Шершеневича	784
Д.В. Ерофеева, Р.В. Шагиева Частное и публичное право: исторические и теоретические проблемы исследования их соотношения.....	788
Е.А. Костенникова, Ю.В. Сорокина Юридическая техника в исторической ретроспективе.....	791
Т.Е. Логинова Интерпретация древнеримских и раннесредневековых памятников права.....	794
И.Р. Метшин Историческая школа права и ее влияние на формирование категории «источник права» в отечественном правоведении.....	797
ТЕОРИЯ И ФИЛОСОФИЯ ПРАВА	803
В.Н. Агеев Ограничения прав и свобод человека в контексте общей теории права.....	803
С.Т. Артёмова, О.А. Сычёва Правоприменительная деятельность суда как правозащитный фактор	806
Л.Т. Бакулина Правовое государство в России: от конституционной модели к социальной практике	809
П.А. Батайкин К вопросу о понятии и значении юридической конструкции	812
К.М. Беликова Конвергенция как механизм достижения баланса публичных и частных интересов в законодательстве зарубежных стран	815
О.М. Беляева Принципы справедливости и законности в вопросах применения и толкования права с позиций учения Г.Ф. Шершеневича	819
В.В. Бессонова Кратко о государстве, праве, гражданском обществе: теоретический взгляд Г.Ф. Шершеневича	822

Хашматулла Бехруз

Основные направления исследований сравнительного правоведения
в контексте происходящих глобализационных процессов 825

М.В. Воронин

Идеи Г.Ф. Шершеневича в контексте учений о связях права
с общественными отношениями 828

С.Г. Воронцов

Информационно-технические характеристики права как способ оценки
эффективности правового регулирования.....831

Р.Б. Головкин

Некоторые черты конвергенции частной и публичной жизни у лиц,
осужденных к лишению свободы 834

Я.С. Гришина

Система инновационно-правовых средств обеспечения социально-имущественных
потребностей как правовая конструкция.....837

А.Р. Губайдуллин

Интегративная функция правовой системы общества и конвергенция частного
и публичного права: понятие и соотношение.....840

Л.А. Гумеров

Право на обоснованный риск в системе юридических гарантий прав
и свобод в научно-технической сфере 843

Н.Н. Ефремова

К вопросу о конвергенции частного и публичного права в классической
и постклассической теории права 846

И.А. Иванников

Философия права Г.Ф. Шершеневича 849

Н.Г. Карпишина

Трактовка социальных факторов развития права в трудах Г.Ф. Шершеневича.....852

А.В. Краснов, А.В. Скоробогатов

Русская догматическая школа и современное правопонимание 855

В.И. Крусс

У истоков конституционного правопонимания:
философия права Г.Ф. Шершеневича 859

Д.В. Кушнерук

Делегирование прав через призму конвергенции публичного и частного права 862

Е.В. Лунева

Научные взгляды Г.Ф. Шершеневича о частном и публичном праве 864

А.М. Мубаракшина

Понятие и состав правоотношения в учении Г.Ф. Шершеневича 867

Т.Г. Окриашвили

Методологические и доктринальные аспекты теории
частных правоотношений в России 870

Ю.С. Поваров

Проблемы группировки правомерных юридических действий на акты и поступки:
история и современность.....873

А.В. Погodin

Метод правового регулирования, правовое регулирование и правореализация 876

А.В. Погодин, А.Л. Шигабутдинова Субъект права и субъект правореализации	879
Ю.С. Решетов Взгляды Г.Ф. Шершеневича в контексте соотношения государства и права.....	882
Р.Ф. Степаненко Философско-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича и мировоззренческие проблемы современной юридической науки	885
О.Д. Третьякова Некоторые особенности конвергенции права и закона	890
Д.Ю. Туманов Г.Ф. Шершеневич с критикой материалистического представления об обществе	893
ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА	895
Е.А. Брылева Формирование «чувства законности» по Г.Ф. Шершеневичу через правовое воспитание несовершеннолетних.....	895
Г.Х. Валиев Г.Ф. Шершеневич и парламентаризм в России: история, теория, современность.....	899
М.Г. Ибрагимов Основные направления деятельности государственных органов Республики Татарстан в сфере образования.....	902
Е.М. Ибрагимова Государственная политика в сфере образования на современном этапе	905
А.В. Курочкин Правовой статус политических партий в России: история и современность.....	908
А.В. Пуяткин Концепция правовой политики Г.Ф. Шершеневича: актуальность проблемы	910
Б.Б. Сулейманов Политико-правовое учение Г.Ф. Шершеневича	914
Г.Р. Хабибуллина Защита принципов частного и публичного права в практике регионального конституционного правосудия	917
Ш.Ш. Ягудин Статус республики (государства) в составе Российской Федерации: состояние и перспективы	920

**НАУЧНЫЕ ВОЗЗРЕНИЯ ПРОФЕССОРА Г.Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА
В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ КОНВЕРГЕНЦИИ
ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА
(к 150-летию со дня рождения)**

Сборник материалов Международной научно-практической конференции
(г. Казань, 1–2 марта 2013 г.)

Редактор *Т.Г. Христенко*
Корректор *В.В. Углова*
Художественное оформление: *В.В. Самойлова*
Компьютерная верстка: *А.А. Науменко*

Подписано в печать 05.06.2014. Формат 70х100 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Печ. л. 59. Усл. печ. л. 76,7.
Заказ №

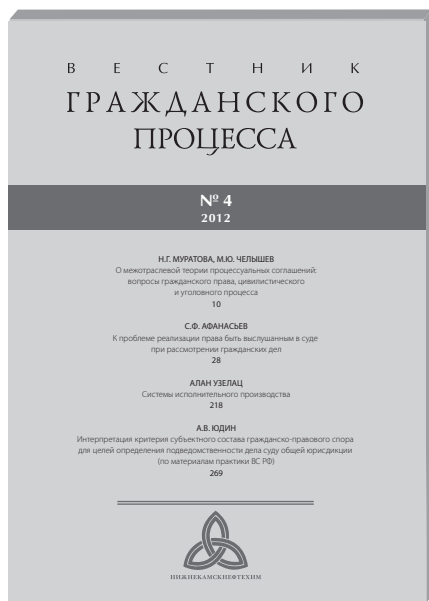
Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел.: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1044-6



В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

www.vgpr.ru



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС В КОММЕНТАРИЯХ
- ИСТОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА
- ИНОСТРАННЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС
- ТРИБУНА МОЛОДОГО УЧЕНОГО
- СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ПРАКТИКА
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ
- PERSONALIA

Главный редактор Д.Х. Валеев

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Стоимость редакционной подписки на 2014 год:
годовая (6 номеров) – 2 700 руб.
полугодовая (3 номера) – 1 500 руб.

Оформить подписку можно на сайте www.vgpr.ru или по телефону +7 (495) 649-18-06

Подписные индексы на 2014 год:

- Объединенный каталог «Пресса России» – 90988
- Каталог «Роспечать» – 85014
- Каталог российской прессы «Почта России» – 10224
- Каталог «Интер-Почта» – тел. (495) 788-00-60
- Каталог «Урал-Пресс» – тел. (495) 961-23-62.

Для получения бесплатного пилотного номера достаточно оставить в редакции свои данные и адрес доставки. Также Вы можете ознакомиться с его электронной версией, зарегистрировавшись на сайте журнала.

Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2,
тел./факс + 7 (495) 649-18-06; www.vgpr.ru; e-mail: vgpr@vgpr.ru

«ВЕСТНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА»

Вестник гражданского права – это первый и единственный научный журнал, который посвящен обсуждению наиболее значимых проектов в области гражданского права России. Впервые журнал начал выходить еще в дореволюционной России (1913 – 1917 гг.) и, по мнению самых видных цивилистов того времени, был признан одним из самых авторитетных юридических изданий.

Современный «Вестник гражданского права» содержит анализ наиболее острых вопросов российского и зарубежного гражданского права, в нем широко представлена цивилистическая мысль прошлого – материалы, порой неизвестные современному юристу.

Журнал ставит своей целью развитие цивилистической мысли в России, распространение ее влияния на законотворчество и правоприменение.



ОСНОВНЫЕ РУБРИКИ ЖУРНАЛА:

- ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА
- ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ
- ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА
- ПОЛИТИКА ПРАВА
- ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ МЫСЛЬ ПРОШЛОГО
- КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ

Главный редактор Е.А. Суханов

ПЕРИОДИЧНОСТЬ ИЗДАНИЯ — 6 НОМЕРОВ в год

Издание журнала осуществляет ООО «Издательский дом В. Ема»

Стоимость годовой подписки на 2014 г. – 2 700 руб.

Оформить подписку можно на сайте **www.mvgrp.ru**
или по телефону **+7 (495) 649-18-06**.

Подписные индексы на 2014 год:

Агентство «Роспечать» - 36771, каталог «Почта России» - 24257 (полугодовая),
«Пресса России» - 36978 (полугодовая).

Приобрести номера журналов Вы можете в редакции по адресу:
Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корпус 2.