



ПРОБЛЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ

сборник статей
студентов, аспирантов и молодых ученых

В двух томах
Том 1

Подготовлен при финансовой поддержке
КГАУ «Красноярский краевой фонд поддержки научной
и научно-технической деятельности»

Красноярск
СФУ
2011

УДК 341
ББК 67
П78

П 78 Проблемы современной юридической науки и практики : сборник статей студентов, аспирантов и молодых ученых : в 2 т. Т. 1. / под ред. док. юрид. наук В.М. Шафирова, канд. юрид. наук, доцента Э.А. Павельевой, канд. юрид. наук, доцента Т.Ю. Сидоровой ; ЮИ ФГОУ ВПО «СФУ». – Красноярск: СФУ, 2011. – 596 с.

ISBN 978-5-7638-2343-1
ISBN 978-5-7638-2344-8 (Т. 1)

В сборнике представлены статьи участников V Всероссийской конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Проблемы современной юридической науки и практики». Сборник предназначен для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и всех интересующихся современными проблемами права.

Сборник подготовлен при финансовой поддержке КГАУ «Красноярский краевой фонд поддержки научной и научно-технической деятельности»

УДК 341
ББК 67

ISBN 978-5-7638-2343-1
ISBN 978-5-7638-2344-8 (Т. 1)

Содержание

Проблемы теории и истории государства и права	
Абрамчик М. А. Legal awareness	8
Андрейченко Е. Э. Особенности правового статуса населения оккупированных территорий в годы Великой отечественной войны	10
Афанасьева А. В. Проблемы интеграции международного и внутригосударственного права	14
Бокова О. Н. Formation of Guberniyas administrative units of the Russian Soviet Federation Republic in the first years of the soviet rule: the case of Tsaritsyn Guberniya	19
Бондарчук К. С. Анализ исторического опыта законодательной разработки определения коррупции	26
Боровков А. А. Гражданское правовое образование населения	30
Войтенко А. Е. Реформы управления Сибирью на рубеже XVII-XVIII вв.	35
Горшков Е. В. Взаимодействие права и морали в законодательстве и юридической практике	37
Гусейнова Э. Ф. Справедливость как нравственно-правовая категория	42
Дробышевский Д. С. Эмпирические данные о правовом регулировании общественных отношений в независимых деревнях индейцев юрок (Северная Калифорния) как предмет научного анализа	47
Захаров А. А. Соотношение понятий социальное государство и правовое государство	52
Кравченко Е. А. Проблемы практической реализации взаимной ответственности государства и личности	59
Кривохижина А. А. Нетипичные правовые акты	65
Лапердина И. С. Взаимодействие местной юстиции и местного самоуправления в России: история и современное состояние	68
Лукина Ю. С. О связанности государства создаваемым им правом	74
Лыков А. Ю. Значение общечеловеческой мотивации в контексте политико-правового развития общества	78
Мингазов Р. Ш. К вопросу о теориях судебного толкования норм права: постановка проблемы	85
Мингалиев Р. Р. Судебный прецедент и судебная практика как источники права в современной России	88
Молчаков Н.Ю. Проблемы происхождения государства и их решение на современном этапе	94
Мураускас Д. Различные подходы к обоснованию решений в судебной практике Литвы	99
Петрова Н. В. Статус правонарушителя	107

Пищулина А. Ю. Особенности уголовного права Смоленской земли (на примере договора с Ригой и Готским берегом 1299 года)	111
Подлюбникова Е. В. Структура правового режима	113
Подъяпольский С. А. Правовое регулирование межэтнических отношений в ходе Кавказской войны 1817-1864 гг.	119
Пономарева Л. П. Толерантность в деятельности публичных субъектов права	126
Ростовцев Е. Г. К вопросу о понятии «законность»	134
Рудюк Д. Ю. Правовая экспертиза: теоретические и практические аспекты правовые акты	140
Рушелюк С. И. О личных качествах правителя	143
Сартис А. Е. Мировоззрение и право в политически организованном обществе	145
Скударнов А. С. Проблема усмотрения в праве: человекоцентристский подход	148
Стрельников К. А. Коммуникативный подход как методология правовых исследований: проблемы и перспективы	155
Талашкевич Н. Н. Исторический и современный аспекты взаимодействия исполнительной и законодательной властей: проблемы науки и практики	160
Теплякова А. В. Охрана прав и свобод человека в свете нового закона «О полиции»	165
Толстых А. С. К вопросу о потерпевшем в праве	169
Ударцев И. О. Применение права: проблемные вопросы	173
Феденёв С. С. Правовая аккультурация в России	181
Шарно О. И. К вопросу о составе правоприменительной техники	186
Юрышев С. С. Коррупция как фактор снижающий эффективность деятельности государственного механизма	193
Актуальные проблемы теории и практики конституционного права	
Акунченко Е. А. К вопросу о правовой природе Послания Президента РФ Федеральному Собранию	201
Аносова Л. С. Проблемы правового регулирования гласности судопроизводства	210
Бабурина В. Л. Право на гражданство в Российской Федерации: понятие и проблемы реализации	218
Бороздин М. С. Государственный язык: законодательное закрепление в РФ и зарубежных государствах	226
Вахрушев С. А. Передача депутатских мандатов спискам кандидатов, не допущенных к распределению мандатов – новелла в российском избирательном праве	231

Верещагина К. О. Особенности и значение норм Конституции РФ как правового регулятора гражданского общества	237
Газизуллина Л. З. Понятие и категории мигрантов	242
Кирякова И. Н. Проблемные вопросы института делегированного законодательства: теория и практика	251
Мещеряков П. Н. Правовые основания взаимодействия судов общей юрисдикции с Конституционным судом РФ по нормоконтролю	257
Попова С. В. Проблемы ограничения прав и свобод граждан: теоретико-правовой аспект	263
Соломкина В.С. Конституционные принципы регулирования экономики: российский и зарубежный опыт	267
Современные проблемы административной науки и практики	
Габов А. А. Организация управления в сфере образования в России и Германии	276
Магодеева Д. О. Благоприятствующие и обременяющие административно-правовые акты	283
Компаративистика	
Korolyeva O. E. Different Extents of Legal Capacity of Corporations in England, the USA and the Russian Federation	286
Maksjutina A.O. Corruption in Krasnoyarsk Region	293
Магодеева Д. О. Die begünstigenden und belastenden Verwaltungsakte	296
Петрух Д. П. International law Influence on the State Customs Policy	298
Пухирь Ю. Е. Сравнительный анализ «преступлений ненависти»	303
Резников Ю. Е. Das Grundpfandrecht in Deutschland, der Schweiz und Russland	308
Скрипко С. И. Some Specific Aspects of Digital Content Sale via the Internet	313
Гражданское право	
Асташкевич А. Н. Об изменениях, внесенных в статью 1273 ГК РФ	319
Байжуманова А.М. Правовое регулирование аграрных отношений в СНГ	320
Боженова М. В. Защита прав добросовестного приобретателя при совершении сделки неуправомоченным отчуждателем по законодательству РФ и ФРГ	324
Веревкина С. Г. Признание договора незаключенным как способ защиты гражданских прав (на примере сделок с недвижимостью)	333
Гарбузов К. А. Особенности ответственности за вред, причиненный на угольных предприятиях	339
Голубев А. Ю. Проблема соотношения доменных имен и средств индивидуализации	342
Дабаев Б. А. Актуальные вопросы правового регулирования скрытых банковских комиссий	347
	354

Дай Ли Характеристики закона КНР о вещных правах	
Зименко О. А. Правоотношения по предоставлению скидок в рамках дисконтных систем	360
Канцер Ю. А. Предмет договора лизинга: аспекты нормативного регулирования и правоприменения	370
Комар П. В. Противоправность, как необходимый элемент состава злоупотребления правом	378
Кузнецова А. А. Правовые аспекты процедуры возврата аптечных товаров	387
Литвинова Н. О. Правовые основания изменения законного режима имущества супругов: некоторые вопросы	388
Маман М. А. Игровой бизнес: проблемы и пути развития	395
Масалимова А. А. Некоторые аспекты ограничения вещными правами прав собственника как основного титульного владельца	399
Мишин Н. А. Некоторые вопросы защиты прав акционеров	401
Модестов В. А., Модестова А. В. Некоторые проблемы использования земельных участков под многоквартирными домами	405
Молчанова М. С. К вопросу о презюмировании морального вреда	409
Невлев В. В. Организационно-правовые формы кооперативного кредитования	417
Орлова А. И. Доля в уставном капитале как субъективное право особого рода	423
Свинцов И. А. Институт опеки: традиции и современность	430
Семерня Н. О. Подозрительные сделки в процедурах несостоятельности (банкротства): понятие, виды	435
Серебренников А. С. Проблемы легализации самовольных построек	442
Сысоева О. В. Правовое регулирование недействительных сделок должника в процедуре наблюдения	447
Тарасова В. Ю. Понятие корпоративных отношений	454
Трухина А. С. Право общей долевой собственности на земельный участок под многоквартирным домом	461
Фахрутдинов М. В. Право наследования как фактор бессрочности существования права частной собственности	466
Черных Д. А. Субъектный состав брачного договора	471
Ширяев А. А. Последствия признания сделки недействительной: проблемы законодательства и правоприменительной практики	476
Якоби Г. С. Некоторые проблемы определения правовой природы корпоративных правоотношений	482
Коммерческое и предпринимательское право	
Абрамов М. П. Взыскание расходов на содержание общего имущества многоквартирного дома: правоприменительный аспект арбитражной практики	485
Кориков И. И. Проблемы оптимизации рынка юридических услуг	490

Кудинова О. Е. Роль договора в торговом обороте	492
Сидельников М. А. Правовая природа предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства	498
Хаврошина Ю. С. Секьюритизация задолженности: значение в оптимизации экономических отношений	503
Трудовое и экологическое право	
Артамонов В. В. Развитие законодательства и судебная защита конституционной свободы труда в Российской Федерации	510
Горшов Е. А. К вопросу о реализации положений концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию	515
Кислицына С. А. Общественная экологическая экспертиза: проблемы правоприменения	519
Кокоулин Д. Г. Пробелы в правовом регулировании государственной службы	523
Кудрук И. А. Социальная защита инвалидов: международные стандарты и проблемы их реализации в Российской Федерации	527
Матвеева К. И. Некоторые проблемы защиты трудовых прав федеральной инспекцией труда	534
Мелещук И. А. Международные стандарты защиты трудовых прав человека	539
Павельчук И. А. К вопросу о необходимости отмены трудовых книжек	545
Пашковский А. Д., Семёнов В. В., Халецкий Д.П. Злоупотребление правом в трудовых отношениях	550
Политова О. А. Особенности расторжения трудового договора в случае ликвидации организации: проблемы соотношения трудового и гражданского законодательства	556
Пузырёва А. А. Проблемы правового регулирования освоения Севера на примере Ямало-Ненецкого автономного округа	561
Серкова К. Д. Некоторые проблемы прекращения трудовых отношений при введении процедуры конкурсного производства	564
Тюкавкина К. А. Практические проблемы заключения трудового договора. Анализ судебной практики	569
Цепцова Д. С. Понятие правоотношений в праве социального обеспечения	576
Черных Ю. Б. Некоторые вопросы защиты законных интересов работников и работодателей	582
Колганова С. Г. Некоторые проблемы реализации защитной функции профсоюзов при разрешении трудовых споров	587

Проблемы теории и истории государства и права

LEGAL AWARENESS

Абрамчик Максим Андреевич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

To understand the subject matter of any process, it is necessary to pay attention to historic stages, because each next stage explains the previous one.

There are four following historic steps in legal awareness:

- The first, Russia before serfdom abolition.
- The second, Pre-revolutionary period.
- The third, Soviet Russia.
- Next, The end of the 20 th century.

Each period is characterized by special features. I'm going to make a review of them in my article.

In special legal literature and other sources dogmatic definitions of legal awareness are given. But I have not come across historic ones, and I have tried to formulate it. In my opinion, legal awareness is constant process of reflecting and understanding the law basis of public relations¹.

Legal awareness in this aspect is the element, which defines effectiveness of the state, legal system, law and order in the society. So the native thinker Ivan Alexandrovich Ilyin wrote: «Nation, not having formed mature legal awareness, not having created strong state with moral standards cannot have true law philosophy. Because it will appear only when the epoch of great fight for legal awareness and real state system comes».²

Legal awareness of each citizen being a bearer of either power or sovereignty, represents national spirit. On this basis of State system and law we can find the root of all misfortunes and problems as well as their solutions³.

At the very outset of the Soviet Union changes of legal models and principles on the state level undermined authority of law. Cardinal change of view-point on the events having taken place during the tsar period led to the

¹ Longman dictionary of Contemporary English. British Library Cataloguing. 2005.

² Ilyin I.A. Legal Awareness. Composition: part 2. Moscow, 1993. P.223.

³ English Vocabulary in Use. Cambridge university press. United Kingdom. P. 122.

situation that former criminals turned to be revolutionary heroes. So, the student Korovich having murdered the minister of education Bogolepov, Zasulich, Pirovskoy and others was no longer terrorist and criminal but a fellow-fighter for peoples` revolution.

In this period the term «revolutionary legal awareness» appeared in one of the law sources. Point 5 of Court Decree published on the 24 th of November 1917 ran: «local courts are authorized by laws of overthrown governments because they are not abolished by the revolution and do not contradict revolutionary conscience and legal awareness in their sentences and decisions». In my mind this measure provided more self-will and lawless action than real legal decision. It was pernicious just at the very beginning, because the key position of legal awareness demands existence of high cultural and mental level of peoples` development. Stable and sufficient understanding of justice, truth, and kindness was to be formed in consciousness, but it did not exist then.

The last part of 20th century was important for Russia. The next change of purposes_as it had been at the beginning of the events was defined by legal points. The way of strengthening the democratic, legal state was shocking for the country and its legal_awareness. It became apparent in inner contradictions of determined rules in social, political and legal spheres rotating at real demands. Legal awareness always fulfills intermediate, mediatorial function between some defined norm of behavior and the activity of a person realizing this norm.

In comparison with 1917, reforms of 1990s did not have officially fixed importance of legal awareness. We think that real level of legal awareness in that period of time was much higher than at the beginning of the century, some factors influenced it. First of all the reforms of 1990s gave the population an opportunity to realize abilities either in economic sphere or in state administration. Development of legal awareness was manifested by freedom of activities, self-achievement. Next, interference of the state in public life was insufficient in the reforms of the late 1990s. It is one more demand for development of sound, adequate legal awareness¹.

We consider the Russian reforms of 1990s to have guided the development of legal awareness in the country. This turning point in Russian history opened a new page in social life, new civilized space for improvement of legal awareness, formed the necessary legal and social prerequisites such as political pluralism, adoption of peoples` equal rights and freedoms, free access of citizens to political sphere, state administration, democratic legal system and other prerequisites. All these reforms created favorable basis for further improvements in building a real legal state.

¹ Sinukov V.A. The Russian legal system. Saratov. P. 216.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО СТАТУСА НАСЕЛЕНИЯ ОККУПИРОВАННЫХ ТЕРРИТОРИЙ В ГОДЫ ВЕЛИКОЙ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ВОЙНЫ

Андрейченко Елена Эдуардовна,
студентка 1 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Емцов Григорий Николаевич,
к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Данная тема в наше время особенно актуальна. Отношение современного поколения к событиям Великой Отечественной войны весьма противоречиво. Чего только стоят изречения украинцев и прибалтийских политиков о том, что население оккупированных территорий, встав на борьбу с фашизмом, подвело Родину и вверилось большевикам.

Великая Отечественная война – это не только военные действия, победы и поражения, пленные и трофеи, это также оккупированные территории и миллионы советских граждан, волею судеб оказавшихся под властью захватчиков. Как они жили, каким законам и властям подчинялись, как выстраивали свои взаимоотношения с оккупантами? На поставленные вопросы мы постараемся ответить в данной статье.

Как известно, планы немцев по захвату территории СССР были разработаны еще до начала войны. По предложению Розенберга предполагалось введение пяти основных губернаторств: Остланд (Эстония, Латвия, Литва и Белоруссия), Украина (с включением в ее состав Восточной Галиции, Крымского полуострова, территории по Дону и Волге, а также бывшей советской Республики немцев Поволжья), Московия (Россия до Урала), Кавказ, Туркестан¹.

Адольф Гитлер был настроен весьма решительно и радикально по отношению к населению советских территорий. К примеру, важными задачами он считал лишь увеличение рабочей силы ради процветания экономической базы Германии и истребление русской народности. Его указания требовали «...избегать их какой-либо государственной организации и тем самым держать представителей этих народностей на как можно более низком уровне культуры <...> Не следует вводить для завоеванных народов никакого обязательного школьного обучения. Знания

¹Терин Ю. Там, где кончается Европа. // Агентство политических новостей. 2005. ([http : // www.apn.ru/publications/article1324.htm](http://www.apn.ru/publications/article1324.htm)).

русских, украинцев, киргизов и т.д., их умение читать и писать нам только во вред <...> Что касается гигиены и санитарии, то тут у нас нет никакой заинтересованности в том, чтобы как-то просвещать их нашими знаниями и тем самым давать им совершенно нежелательную для нас базу для чудовищного роста народонаселения. На оккупированных территориях не следует проводить прививки против болезней и другие оздоровительные мероприятия»¹.

В первые же месяцы войны были образованы и начали функционировать два рейхскомиссариата — "Остланд"(17 июля) и "Украина" (20 августа). Стоит оговориться, что вся территория СССР разделялась немцами на две части. Первая, к которой относился театр военных действий сухопутных войск (иногда она именовалась «военной зоной»), находилась под властью командных инстанций вермахта, а вторая — в руках политической администрации (гражданского управления) имперского министерства по делам оккупированных восточных областей².

Военная зона находилась, в частности, в Крыму. С целью осуществления всех полномочий при первой модели должности командующего войсками Вермахта в Крыму был создан штаб. Организационно этот штаб состоял из нескольких отделов, главными из которых были оперативный (I) и административный (VII) отделы. Через первый отдел шло управление охранными войсками. Начальник седьмого отдела руководил военно-административными органами, которые состояли из полевых и местных комендатур и наделялись всей полнотой власти в зоне своего действия. Все комендатуры преследовали выполнение двух задач: охранной и управленческой. К первой относилось «обеспечение покоя» в оккупированных районах и охрана тылов действующей армии. Ко второй — создание, руководство и контроль органов местного управления, а также «мобилизация резервов» для ведения войны.

Со временем каждая из ветвей немецкой оккупационной администрации стала привлекать к сотрудничеству население оккупированного Крыма. В политической сфере первоначально это выражалось в создании и функционировании органов так называемого местного самоуправления: сельских, районных и городских управлений. Их соответственно возглавляли: старосты, начальники районных и городских управлений³. С июня 1941 года на территории Украины вводится полицейское обеспечение.

Придя к власти, оккупанты издали ряд законов, проводили крупные агитационные работы и беседы. К примеру, широко рекламировали освобождение крестьян от налогов, роспуск колхозов и бесплатную

¹ Великая Отечественная война: Интернет-портал // <http://otvoyna.ru/prestuplenie.htm>

² Петров Ю.П. Партизанское движение в Ленинградской области. 1941-1944. Л.: Лениздат, 1973. (http://www.victory.mil.ru/lib/books/h/petrov_up/02.html).

³ Романько О. Оккупационный режим на территории Крыма // Историческое наследие Крыма. 2005. С. 11.

раздачу товаров из магазинов, но через несколько месяцев налоги обычно восстанавливались в прежнем масштабе¹. 15 февраля 1942 года было опубликовано постановление о новом порядке землепользования «Дар Адольфа Гитлера русскому крестьянству». В первой его части отменялись все декреты и постановления советской власти о коллективных хозяйствах, устав сельхозартели объявлялся недействительным. Правда, переходной формой от колхозного к единоличному объявлялось общинное хозяйство, в котором земля еще обрабатывается совместно, хотя приусадебные участки уже объявлены собственностью их владельцев. Из приведенного примера можно сформулировать предварительный вывод: любая власть, захватившая территорию другого государства, нередко идет на уступки и удовлетворение отдельных нужд местного населения. Такими мерами достигается цель укрепления собственной легитимности в глазах местного населения. Причем на практике разного рода обещания оккупантов, предоставляемые ими экономические послабления и льготы оказываются пустым звуком. Так, на фоне упомянутых декларативных уступок жителям оккупированных земель германским руководством широко применялась политика убийств, захвата пленных, насилия и жестокого обращения со всеми, кто не подчинялся требованиям немецких офицеров. Таким образом, привлекательные внешне предложения и обещания не имели под собой никакой основы, кроме тотального подчинения фашистским войскам ради достижения целей, поставленных Гитлером еще в начале войны.

Проводимая германскими властями политика, тем не менее, привела к определенным результатам. С приходом оккупантов в обществе сразу же наметился раскол. В основном помогали и были помилованы немцами те семьи, которые пострадали в свое время от большевиков. Немецких офицеров расселяли по домам сельчан, горожан. Немало случаев, когда советские граждане и оккупанты создавали семьи, вели совместное хозяйство². В то же время ни на минуту не прекращалась борьба с оккупантами, широкий размах приобретало партизанское движение. Здесь важно подчеркнуть, что основное население оккупированных земель оказалось в весьма сложной ситуации. С одной стороны – фашистские захватчики, с другой – партизаны в борьбе за Родину. Немецкое командование, обладая реальной силой, вынуждало безоружных местных жителей подчиняться своим распоряжениям. Но и партизаны воспринимались местным населением как полномочные представители советского правительства, т.е. обладали определенной легитимностью. Их просьбы и поручения (помочь продуктами, спрятать раненых и т.д.)

¹ Ковалев Б.Н. История отечественного государства и права: курс лекций. Великий Новгород: НовГУ, 1997. С. 120-128.

²Под оккупацией в 1941-1944: статьи и воспоминания / Гогун А., Таратухин К., И. Грибков, Джолли Т., Матвеева Р., Полчанинов Р. М.: Посев, 2004. С. 62-71.

исполнялись как общеобязательные предписания, хоть и подпольной, но власти. В данной ситуации можно сформулировать еще одну предварительную закономерность: на оккупированных территориях, как правило, существуют две альтернативных политических власти, присутствует определенное «двоевластие».

В этой связи стоит отметить, что действия партизан на самом деле являлись продолжением политики советского руководства. Общие задачи партизанской борьбы были сформулированы в директиве СНК СССР и ЦК ВКП(б) от 29 июня 1941 г. В этом документе определялись также наиболее целесообразные формы организации партизанских сил, средства и способы действий против захватчиков: «...в занятых врагом районах создавать партизанские отряды и диверсионные группы для борьбы с частями вражеской армии, для разжигания партизанской войны всюду и везде, для взрыва мостов, дорог, порчи телефонной и телеграфной связи, поджога складов и так далее. В захваченных районах создавать невыносимые условия для врага и всех его пособников, преследовать и уничтожать их на каждом шагу, срывать все их мероприятия»¹.

В постановлении ЦК ВКП(б) от 18 июля 1941 г. были определены конкретные задачи этой борьбы и пути их решения. Основным звеном в системе партийного руководства борьбой советских людей на оккупированной врагом территории являлись областные, городские и районные подпольные партийные комитеты.

Во исполнение вышеназванных предписаний партизанскими органами издавались собственные нормативные акты. В них, помимо поручений непосредственно бойцам партизанских отрядов, нередко встречались и указания, адресованные населению, находящемуся «под немцем». Так, например, 16 ноября 1941 года бюро Курского обкома ВКП(б) издало постановление «О состоянии партизанского движения и диверсионной работы в тылу врага», в котором говорилось «Поручить подпольному обкому ВКП(б) организовать связь подпольных партийных организаций с партизанскими отрядами с тем, чтобы деятельность партизанских отрядов направлялась подпольной организацией» (пункт 4)².

После освобождения оккупированных земель (это случилось, главным образом, в 1944 году), командование СССР тут же отменило все указы, издававшиеся ранее немцами на данной территории³. Действия, совершенные на их основании в 1941 – 1944 году, по общему правилу

¹Директива Совнаркома Союза СССР и ЦК ВКП (б) Партийным и советским организациям прифронтовых областей от 29 июня 1941 г. // Хрестоматия по истории отечественного государства и прав.1917-1991. М., 1997.

²О состоянии партизанского движения и диверсионной работы в тылу врага от 16 ноября 1941 г.: **Постановление** бюро Курского обкома ВКП (б) // Хрестоматия по истории отечественного государства и прав.1917-1991. М., 1997.

³ Ковалев Б.Н. История отечественного государства и права: курс лекций. Великий Новгород: НовГУ, 1997. С. 120-130.

признавались ничтожными. Однако есть предположение, что в сфере частноправовых отношений юридическая сила некоторых действий и поступков, совершенных при захватчиках, вероятно, сохранялась. К примеру, вполне определенные правовые последствия имели браки, заключенные в годы оккупации, а также некоторые гражданские договоры и др. Принципы и порядок признания таких юридических фактов требуют глубокого научного изучения.

На основании проведенного исследования можно сделать следующие предварительные выводы:

- Оккупационные власти делились на военное и гражданское руководство;
- Оккупанты активно привлекали к сотрудничеству местное население, используют все средства для достижения цели;
- Население находилось в ситуации «двоевластия» (подчинение оккупантам, содействие партизанам и подпольщикам);
- При освобождении оккупированных территорий законодательные акты оккупантов аннулировались, но возможны исключения из этого правила.

Указанные выводы касаются организации государственного управления и правового регулирования на оккупированных территориях в годы Великой Отечественной войны. Однако мы не исключаем того факта, что выявленные закономерности внутренней политики оккупантов и поведения местного населения могут оказаться характерными для всех других войн.

ПРОБЛЕМЫ ИНТЕГРАЦИИ МЕЖДУНАРОДНОГО И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА

Афанасьева Анастасия Владимировна,
студентка 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета.

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой теории
государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В настоящее время международные отношения выходят на новый уровень развития. Все большую актуальность приобретают процессы интеграции, происходящие на правовом уровне. Происходит сближение

национальных правовых систем с международным правом и между собой. И в конечном итоге, как отмечает профессор С.С. Алексеев, такая интеграция международного права и национальных правовых систем влечет образование новых правовых образований, юридических конструкций, механизмов и инструментов реализации, защиты и охраны прав.

Для начала определимся с понятием правовой интеграции. В современной науке под интеграцией понимается процесс сближения, единения определенных явлений, направленный на их бесконфликтное существование, процесс развития, связанный с объединением в единое целое ранее разнородных частей и элементов. В правовой сфере интеграция особо важна, и затрагивает три сферы:

1. Нормативную.
2. Доктринальную (теоретическую).
3. Терминологическую.

Начнем с интеграции нормативной сферы. На современном этапе интеграция нормативных элементов - одно из важнейших проявлений сближения международного и российского права. На основе норм международного права происходит выработка общих принципов правового регулирования, формируются концепции развития законодательства, единые общие понятия и категории.

Так, отражением интеграции является часть 4 статьи 15 Конституции РФ, в соответствии с которой общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотрено законом, то применяются правила международного договора.

Эта норма Конституции о международном праве отражена и в иных законодательных актах Российской Федерации. В целом практически все они предусматривают приоритет международных договоров РФ перед законом. В то же время не все нормативно-правовые акты правильно отражают положения Конституции. В связи с этим по критерию соответствия Конституции их можно разделить на несколько групп.

Первая группа включает в себя акты, в которых общепризнанные нормы и принципы международного права и международные договоры определяются как **составная часть законодательства РФ**. Наиболее спорные по содержанию нормы содержатся в Уголовно-процессуальном кодексе РФ (ст.1), ФКЗ РФ О референдуме РФ (ст. 3). В них, по сути, отсутствует разграничение международного права и национального законодательства РФ.

Это противоречие положениям Конституции (включение международного права в законодательство РФ), несмотря на их, казалось

бы «практическую незначимость», свидетельствует о несовершенстве законодательства и порождает путаницу в понятийном аппарате.

Вторая группа актов (Семейный кодекс, Жилищный кодекс, Налоговый кодекс, Земельный кодекс, Гражданско-процессуальный кодекс, Арбитражно-процессуальный кодекс и др.) содержит в себе нормы, касающиеся исключительно приоритета международных договоров РФ. А при толковании это свидетельствует, что нормы международного права применяются только при возникновении коллизии с национальным законодательством. То есть при отсутствии нормы права в законодательстве правоприменитель не имеет возможности восполнить пробел с помощью международно-правовой нормы. Подобная формулировка правовой нормы искажает смысл конституционных положений и при наличии пробела в законодательстве делает чрезвычайно сложным непосредственное применение международной правовой нормы.

Наконец, третья группа – Трудовой кодекс РФ, Бюджетный кодекс РФ, Кодекс об административных правонарушениях РФ и другие нормативные акты, полностью дублирующие положение ч.4 ст.15 Конституции Российской Федерации. Данные нормы, хотя и не противоречат Конституции, но и не выполняют основную функцию положений законодательства (конкретизация и раскрытие положений Конституции, способствование эффективному применению международного права).

Помимо противоречия законов нормам Конституции, существуют несоответствия в рамках самих нормативных актов. Наиболее ярким примером является Уголовный кодекс РФ, в котором общая и особенная части содержат противоположные по содержанию положения. В частности, ст.1 и ст.3 УК закрепляют, что ответственность за преступления устанавливается исключительно Уголовным кодексом РФ, в то же время ряд статей особенной части (ст.ст. 285, 355, 356) содержат в себе прямые отсылки к международным договорам. Например, согласно ст. 355 УК РФ, уголовной ответственности подлежат лица за «производство, приобретение или сбыт химического, биологического, а также другого вида оружия массового поражения, запрещенного международным договором Российской Федерации»¹.

Особое значение в процессе интеграции приобрели так называемые модельные акты (вырабатываемые на международном уровне). Нормы такого акта, хотя и носят рекомендательный характер, являются так называемым эталоном и средством, обеспечивающим единообразие правовых норм национальных правовых систем, а их воспроизведение на национальном уровне гарантирует соответствие международному праву.

¹ Зимненко Б.И. Международное право в судебной практике России: уголовное судопроизводство // Российская юстиция. 2003. № 10. С. 10.

Несмотря на то, что в настоящее время государство проводит мероприятия по приведению законодательства и практики в соответствие с международными обязательствами, правовые проблемы остаются. Как правило, в российском законе содержится не прямое нарушение нормы, а предусматривается более узкое по содержанию правомочие. Все это дает основания для злоупотреблений и нарушений прав граждан. Одной из сфер, где наиболее часто нарушаются права, является сфера трудового права и социального обеспечения. Большинство Конвенций МОТ Россия до сих пор не ратифицировала, однако противоречия встречаются и в относительно обязательных для России положениях. Так, Конвенция МОТ № 45 (ст. 2) запрещает привлечение женщин к подземному труду, в то время как ст. 253 ТК РФ лишь ограничивает применение труда женщин на таких работах.

На доктринальном уровне интеграция проявляет себя в сближении подходов к пониманию права. Сегодня идея высшей ценности прав и свобод человека лежит в основе внутригосударственных и международных актов.

В рамках сближения международного и национального права возникает проблема унификации юридических терминов и понятий.

Так, в унификации законодательства на национальном и межгосударственном уровнях может быть использован тезаурус – свод данных, словарь, охватывающий термины и понятия законодательства, разработанный в Европейском Союзе - EURO-VOC, выпущенный сначала на семи, а затем на девяти европейских языках, без учета русской версии. Так называемый классификатор рекомендуется использовать в процессе формирования интегрированных информационных банков (баз) данных правовой информации, а также при осуществлении обмена правовой информацией.¹

Наконец, хотелось бы отметить, что процессы интеграции, направленные на сближение и, в конечном счете, объединение правовых систем, сегодня проявляются уже в промежуточной форме – **в форме регионализации**, то есть в тенденции объединения определенных регионов и, как следствие, в создании определенных общеправовых систем регулирования регионального уровня.

Так, в настоящее время в мире насчитываются десятки интеграционных объединений. В развитых странах - это в первую очередь ЕС - Европейский союз (одна из причин создания: стремление западноевропейских стран преодолеть негативный опыт двух мировых войн и исключить возможность их возникновения в будущем) и НАФТА - Североамериканская ассоциация свободной торговли (в составе США, Канады, Мексики), в развивающихся - МЕРКОСУР (цель создания, как и

¹ Сушков О.А. Гармонизация законодательства об авторском праве в рамках мировых интеграционных процессов в сфере экономики и права // Право: теория и практика. 2003. № 3. С.25.

НАФТА - повышение уровня конкурентоспособности национальных предприятий и организация крупных открытых рынков) - Общий рынок стран Южного конуса (Аргентина, Бразилия, Уругвай, Парагвай) в Латинской Америке и АСЕАН (Индонезия, Малайзия, Сингапур, Таиланд, Филиппины (цель создания - содействие социальному и экономическому развитию стран-членов, сотрудничество в промышленности и сельском хозяйстве, проведение научно-исследовательских работ) в Юго-Восточной Азии, в странах с переходной экономикой - СНГ, в Азиатско-Тихоокеанском регионе - АТЭС (объединяет 21 государство - в частности Россию и США; формально имеет консультативный статус, фактически в рамках его рабочих органов вырабатываются региональные правила ведения торговли, инвестиционной и финансовой деятельности, проводятся встречи отраслевых министров и экспертов по вопросам сотрудничества в тех или иных областях)¹.

Регионализм - сегодня это результат сближения международного и национального права. Процесс единения привел к образованию промежуточной интегрированной формы слияния международного и национального права. Нормы права, правовое регулирование – в рамках регионов едины, и это представляется достаточно эффективным средством решения возникающих экономических, политических, проблем, угроз безопасности и истощения ресурсов.

В то же время процессы интеграции не остановились, а продолжают свое действие и вопрос о том, произойдет ли дальнейшее слияние международного и национального права в единую систему.

¹ Хмелев И.Б., Логвинова И.Л. Мировая экономика. М.: ММИЭИФП, 2004. С. 99-102.

FORMATION OF GUBERNIYAS ADMINISTRATIVE UNITS OF THE RUSSIAN SOVIET FEDERATION REPUBLIC IN THE FIRST YEARS OF THE SOVIET RULE: THE CASE OF TSARITSYN GUBERNIYA¹

Бокова Олеся Николаевна,
старший преподаватель кафедры правоведения
Урюпинского филиала
Волгоградского государственного университета

Научные руководители:
Проценко Юрий Леонтьевич,
д.и.н. профессор;

Епифанов Александр Егорович,
д.ю.н., профессор кафедры
конституционного и муниципального права
Волгоградского государственного университета

The October Revolution of 1917 had a great impact on the state structure of Russia, in the first months of the Soviet rule two important trends showed up: contraction of the state territory and formation of the Soviet federation. They made changes in the administrative and territorial structure inevitable.

The general pattern of administrative division (guberniya – uyezd – volost) inherited from the Russian Empire was retained by the Soviet authorities in the first years of their rule. Guberniyas' borders were but slightly shifted, though some new guberniyas were also formed². The formation of new guberniyas was apparently caused by three basic reasons: 1) the central authorities' propaganda for breaking larger administrative units into smaller ones in order to “make authorities closer to people”; 2) building new large industrial and transportation centers; 3) separatist attitudes among local elite trying to secure their autonomy. J.V. Stalin noted: “the struggle between two political movements has not yet ended: the nationalistic counterrevolution and the soviets”³. In certain guberniyas local governments craved for independence from the central control. Even in some smaller units – volosts, uyezds and in some towns so called “mini-republics” were formed (Kronshtadt, Pereyaslavl,

¹ Подготовлено на основе материалов исследований, проведённых в рамках гранта РГНФ № 03-03-00589а/В; гранта юридического факультета ГОУ ВПО «Волгоградский государственный университет» (проект № 1-2007) и при финансовой поддержке стипендии Президента РФ для аспирантов, 2007-2008 (Приказ Федерального агентства по образованию № 1922 от 18.10.2007 г); администрации Волгоградской области (Постановление Главы Администрации Волгоградской области "О подготовке к празднованию 70-летия со дня образования Волгоградской (Сталинградской) области от 30.05.2006 № 637 и Положение о проведении конкурса "Молодые ученые - родному краю").

² Some of newly formed administrative units proved unreasoned and soon disappeared.

³ Сталин И.В. Сочинения. Т. 4. М., 1951. С. 33.

Krasnoyarsk, Novorossiysk and several others¹. It should be noted that separatist attitudes were fairly common, even in places where they had not be traditional. Thus, one of Tsaritsyn leaders S.K. Minin said at a meeting of the military district command: “We, the representatives of Red Tsaritsyn, say proudly that ... we will never be under the thumb of the Center. Moscow needs us as much as we need Moscow. We need their support but they shall not think that they can buy us as slaves for it. Power in the provinces – that is our principle”².

Declared absolute power of the soviets implied that territorial borders were also under the jurisdiction of local authorities. “On 2 December 1917 the Council of People’s Commissars explained that the new administrative division should be set by the interested soviets only”³. Later this instruction was legitimized by a decree “On the procedure of changing borders of guberniyas, uyezds and others” of 27 January 1918⁴. It stated: “1. Issues of changing borders of guberniyas, uyezds and volosts shall be resolved only by the local Soviets of Workers’, Peasants’ and Soldiers’ Deputies⁵. 2. When a part of one guberniya or region is joined to another, all technical issues and misunderstandings shall be resolved by the mixed commissions of the interested regional soviets or of their congresses. 4. Oblasts, guberniyas, uyezds and volosts can also be divided into parts forming new administrative and economic units. 5. Detailed information on all these changes shall be given to the People’s Commissariat for Internal Affairs”. Thus, the decree prescribed that issues of changing borders of guberniyas, uyezds and other regions must be resolved only by local soviets. The local soviets only had to inform the central authorities of these changes. Local authorities of the Tsaritsyn Uyezd of the Saratov Guberniya did not follow the decree and did not decide on formation of separate Tsaritsyn guberniya.

As the influence of the central authorities grew, they adopted more regulations aiming to restrict the rights of local soviets: “On the order of resolving issues concerning changes of borders of guberniyas, uyezds and volosts” of 15 July 1919⁶; “On cessation of transfer of uyezds and volosts from one guberniya to another and from one uyezd to another and on cessation of amalgamation and division of volosts” of 6 July 1922⁷; “On prohibition of changing borders of autonomous republics, oblasts, guberniyas, uyezds and volosts and on prohibition of forming new administrative units and renaming towns and villages without permission of the Presidium of the All-Russian

¹ Сенцов А.А. Национально-государственное устройство России накануне Октября 1917 г. // Советское государство и право. 1990. № 11. С. 120-124.

² Пименов А.Ю. И.В. Сталин на фронтах гражданской войны. Царицынский период [лето – осень 1918 года] Отечественная историография: дис... к. и. н. М., 1994. С. 129.

³ Краснов Ю.К. Государственное право России: история и современность. М., 2002. С. 312.

⁴ Собрание Указаний и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР (далее СУ РСФСР). 1918. № 21. Ст. 318.

⁵ Further a contracted term will be used in the text: a “local Soviet” instead of a “local Soviet of Workers’, Peasants’ and Soldiers’ Deputies”.

⁶ СУ РСФСР. 1919. № 36. Ст. 356.

⁷ СУ РСФСР. 1922. № 44. Ст. 535.

Central Executive Committee of Soviet Russia” of 9 May 1923¹; “Instruction on the order of joining territories to a new administrative unit or transfer of territories from one administrative unit to another” of 8 October 1923²; “On prohibition of changing borders without permission of the Presidium of the All-Russian Central Executive Committee” of 6 June 1924³; “On suspension till the autumn of 1932 of changing borders of administrative units”⁴ and others. Besides, item “e” of Article 49 of the Soviet Russia Constitution of 10 July 1918⁵ stated that “general administrative division of the Soviet Russia territory is exclusively within the competence of the All-Russian Congress of Soviets and the All-Russian Central Executive Committee”.

Despite of the legislation many guberniyas (including that of Tsaritsyn) were formed differently.

On 7 September 1918 according to an order of the Military Council of the North-Caucasus Military District Tsaritsyn Guberniya was formed. “The Guberniya must be temporarily a purely military unit”⁶. Nonetheless Tsaritsyn Guberniya had been mentioned in an order of the Military Council of the North-Caucasus Military District of 11 August 1918 “On the state of siege”⁷. Some other sources of information also say about Tsaritsyn Guberniya as already existing in August of 1918⁸.

A newspaper article of 23 November 1918 “On detachment of Tsaritsyn in a separate guberniya” read: “the uyezd executive committee received an instruction from the Center that Tsaritsyn cannot be separated and a new guberniya cannot be formed unless the necessary material is provided”⁹. On 4 December the same newspaper informed: “Many citizens ... think that Tsaritsyn guberniya has been already formed. Why?”¹⁰. The perplexity of the authors was hardly valid. The situation was unclear indeed. On 8 December another order of the Guberniya Military Commissariat was published, it was addressed to every resident of Tsaritsyn Guberniya¹¹. On 12 December the Military Commissariat reported on the borders of Tsaritsyn Guberniya¹². On 13 December it was reported: “The day before yesterday ... we received a general consent to turning Tsaritsyn Uyezd into a guberniya, but now it is impossible to implement this as

¹ СУ РСФСР. 1923. № 41. Ст. 448.

² СУ РСФСР. 1923. № 80. Ст. 774.

³ СУ РСФСР. 1924. № 51. Ст. 492.

⁴ СУ РСФСР. 1932. № 17. Ст. 81.

⁵ СУ РСФСР. 1918. № 51. Ст. 582.

⁶ Государственный архив Волгоградской области (ГАВО). Ф. 105. Оп. 1. Д. 3. Л. 191.

⁷ ГАВО. Ф.105. Оп. 4. Д. 2. Л. 4.

⁸ См.: Военные комиссариаты Волгоградской области: К 80-летию образования. Волгоград, 1998. С. 17; Кудряшова Р.И. Слово народное: уч. пособ. Волгоград, 1997. С. 12.

⁹ Борьба. 1918. 23 ноября. № 266. С. 3

¹⁰ Борьба. 1918. 4 декабря. № 275. С. 4.

¹¹ Борьба. 1918. 8 декабря. № 279. С. 4.

¹² Борьба. 1918. 12 декабря. № 282. С. 3.

the front is near Tsaritsyn”¹. Most residents were really uncertain about Tsaritsyn guberniya – was it, or was it not formed? Some government bodies indicated that it had been formed, others denied that.

On 22 March 1919 the People’s Commissariat for Internal Affairs (the NKVD) made a sketch of Tsaritsyn Guberniya and granted credit to the Tsaritsyn Uyezd Executive Committee for establishing and strengthening the Soviet power in the 2nd Don and Ust-Medveditskiy okrugs². In a decree of the NKVD of 24 March 1919 a decision was formulated “On determination of the borders of Tsaritsyn Guberniya”. Following the decree the Tsaritsyn Guberniya Revolutionary Committee issued Order No. 1 according to which Tsaritsyn Guberniya was established equal in the rights with other guberniyas³. A newspaper “Borba” informed: “The NKVD board admitted it advisable to form Tsaritsyn Guberniya. The exterior borders of the new guberniya thus being determined the local economy department commissioned further working out of the question to a special interdepartmental liquidation commission”⁴. On 20 April 1919 a joint resolution was adopted by the Don Bureau of the Russian Communist Party and the chairman of the Tsaritsyn Executive Committee “On changing former Don Oblast and on formation of Tsaritsyn Guberniya”: “For political and economic reasons we consider it advisable and absolutely necessary to incorporate the north-eastern and eastern part of former Don Oblast into Tsaritsyn Guberniya that is being formed”⁵. On 16 May 1919 it was informed: “The guberniya departments shall form a conciliatory commissions ... in order to definitively determine the territory of the new guberniya”⁶. On 18 June 1919 V.I. Lenin sent a telegram to the Tsaritsyn Guberniya Executive Committee⁷.

The directions of the Russian Constitution were developed in a decree “On the order of solving issues of changing the borders of guberniyas, uyezds and volosts”⁸ that was issued on 15 July 1919. According to the decree questions of changing the borders of guberniyas, uyezds and volosts must be solved by the NKVD on recommendation of the Councils of People’s Deputies of the guberniyas⁹. Definitive resolutions were usually adopted by: 1) the All-Russian Congress of Soviets in case of general issues of the administrative-territorial system of the state; 2) the All-Russian Central Executive Committee in case of particular changes in the administrative division caused by formation or alteration of the borders of guberniyas, uyezds, volosts, etc., by their renaming,

¹ Борьба. 1918. 13 декабря. № 283. С. 3.

² Борьба. 1919. 22 марта. № 65. С. 5.

³ ГАВО. Ф. 342. Оп. 1. Д. 74. Л. 1.

⁴ Борьба. 1919. 25 марта. № 67. С. 2.

⁵ ГАВО. Ф. 342. Оп. 1. Д. 20. Л. 23.

⁶ Борьба. 1919. 16 мая. № 107. С. 2.

⁷ Ленин В.И. Полное собр. соч. Т. 50 М., 1970. С. 353.

⁸ СУ РСФСР. 1919. № 36. Ст. 356.

⁹ СУ РСФСР. 1919. № 36. Ст. 356.

etc. From the regulations considered above it is clear that the Council of People's Commissars in some cases also issued laws regulating the administrative-territorial system including those that granted the same jurisdiction to other government bodies¹. According to the legislation, in case of emergency, this government body could issue decrees without preliminary discussion in the All-Russian Central Executive Committee². In December 1919 at the 8th All-Russian Congress of Soviets a decision was adopted to revise the administrative-territorial system of Russia on the basis of economic division. The Congress pointed out that "henceforth ... formation of new administrative and economic districts as well as establishment of new administrative division ... in every particular case shall be decided upon by the Council of People's Commissars"³.

On 19 July 1919 in Order No. 1129 of the District Military Commissariat of the Urals Military District⁴ and on 20 July 1920 in confidential telegram No. 2980 from the Astrakhan Guberniya Military Commissariat to the Tsaritsyn Guberniya Military Commissariat it was said about the abolition of the guberniya⁵. The chief official for organization of use of land in Volgograd Oblast points out that Tsaritsyn Guberniya was re-established in September 1919⁶.

In a weekly paper "Krestyanskaya Pravda" on 17 January 1921 an article was printed under the name "The borders of Tsaritsyn Guberniya". It read: "Astrakhan Guberniya ... is left actually with only one uyezd, so they submitted an application for ... joining to them ... at least two uyezds of Tsaritsyn Guberniya if not the guberniya as a whole... On 30 December the question was discussed at the Administrative Commission of the All-Russian Central Executive Committee. A decision was adopted to leave the borders of Tsaritsyn Guberniya unchanged"⁷.

By a decree of the All-Russian Central Executive Committee of 4 April 1921⁸ three okrugs of Don Oblast were to be joined to Tsaritsyn Guberniya by 1 May 1921. On 4 May 1921 the Presidium of the Guberniya Executive Committee ordered to consider the okrugs to be joined to the guberniya from 29 April 1921⁹ while actually they were joined in late June¹⁰. An article "To be with Tsaritsyn will fit perfectly..." published in a paper "Krestyanskaya Pravda" informed about the joined okrugs residents' opinion: "Unanimous hurrah!", "It's

¹ Например, НКВД (СУ РСФСР. 1919. № 36. Ст. 356).

² См.: Исаев И.А. История государства и права России. М., 1994. С. 278.

³ СУ. 1919. № 84. Ст. 578.

⁴ ГАВО. Ф.342. Оп. 1. Д. 7. Л. 42.

⁵ ГАВО. Ф. 342. Оп. 1. Д.14. Л. 30 (об), 39.

⁶ Воробьев А.В. От Эльтона до Урюпинска (поселения Волгоградской области). Волгоград, 2004. С. 3.

⁷ Крестьянская правда. 1921. 17 января. № 2. С. 2.

⁸ СУ РСФСР.1921. № 28. Ст. 159.

⁹ Борьба. 1921. 10 мая. № 396. С. 2.

¹⁰ Борьба. 1921. 23 июня. № 432. С. 1.

a deal! Rostov is not convenient!”¹. Joining the okrugs to Tsaritsyn Guberniya was championed by the central authorities which pursued the policy of “decossackization of the Don”. An official from the All-Russian Extraordinary Commission for Combating Counterrevolution and Sabotage (Cheka) named I.I. Skrame in his report to the Cheka and the Central Committee of the Communist Party on 19 May 1919 informed about the situation in Don Oblast and concluded this way: “the Cossacks of Don Oblast, being brought up according to the narrow traditions of their class, will long menace the Soviet power until serious measures are taken”². We can maintain that the division of Don Oblast was just one of these serious measures to resist to the Cossacks. Though “joining the Cossack territories to Tsaritsyn Guberniya made only harder the tasks of the Communist Party in the Guberniya”³.

On the basis of the materials analyzed we can conclude that the date of Tsaritsyn Guberniya formation is still unclear and it can hardly be ever established. Though journalists started writing about Tsaritsyn Guberniya after the decree of the NKVD of 24 March 1919 “On determination of the borders of Tsaritsyn Guberniya”.

Local soviets in other guberniyas also kept on changing the administrative division on their own. Hence on 9 May 1923 a decree was adopted “On prohibition of changing the administrative borders of autonomous republics, oblasts, guberniyas, uyezds and volosts and formation of new administrative units and renaming cities, towns and other settlements without the sanction of the Presidium of the All-Russian Central Executive Committee”⁴. Paragraph 1 of the decree stipulated that no changes of administrative borders of autonomous republics, oblasts, guberniyas, uyezds and volosts could be made and no formation and renaming of administrative units and cities, towns and other settlements could be made without the sanction of the Presidium of the All-Russian Central Executive Committee. Paragraph 3 stipulated that the offenders should be put on trial according to Articles 106 and 110 of the Criminal Code of Soviet Russia adopted in 1922.

Part 1 of Article 106 of the Criminal Code of Soviet Russia adopted in 1922 provided for exceeding one’s authority as a kind of official malfeasance. It meant “performing actions that are manifestly beyond one’s authority”. The kinds of exceeding one’s authority were following: 1) “if these actions were accompanied by violence, use of a weapon, or by torment or humiliating the dignity” (Part 2 of Article 106); 2) “if these actions caused disorder of the central or regional economic organs of production, distribution or supply, or disorder of the transportation, or conclusion of an agreement or a deal evidently

¹ СУ РСФСР. 1919. № 36. Ст. 356.

² Томарёв В.И. О чём говорили по секрету. Волгоград: Нижне - Волжское изд-во, 1990. С. 101.

³ Бромберг М.Я. Работа Сталинградской коммунистической организации (1921-1926 годы) // Из истории Сталинградской партийной. сб. ст. Сталинград, 1959. С. 48.

⁴ СУ РСФСР. 1923. № 41. Ст. 448.

disadvantageous to the state, or any injury or dissipation of the state's property to the detriment of the working people" (Article 110). It seems that these acts of official malfeasance only in theory could have been committed by those who were guilty in changing the administrative division or renaming towns or villages.

Let us consider more carefully the possibility of enforcement of Part 1 of Article 106 of the Criminal Code. Illegal changing the administrative borders of autonomous republics, oblasts, guberniyas, uyezds and volosts, formation of new administrative units and renaming towns, villages etc. were as a rule implemented by the regional soviets. It was quite impossible to put on trial a soviet as a whole, besides it was absurd from the point of view of the ideology of that time. We have no information about any criminal case connected with such actions.

Before the Criminal Code of 1922 was adopted the Soviet legislation had already provided for official malfeasance that could have in theory entailed criminal prosecution against officials for changing administrative division or renaming towns or villages without the sanction of the competent organs. Though actually there was never any criminal prosecution for these actions. Thus, a decree "On strict observing the laws" of the Extraordinary VI Congress of Soviets adopted on 8 November 1918¹ demanded that every soviet official strictly observe the laws of Soviet Russia as well as the decrees, orders, directions and regulations of the central authorities. For the same purpose on 8 December 1918 was adopted a decree of the Council of Workers' and Peasants' Defence "On strict and quick observing the regulations of the central authorities and on elimination of red tape"².

It seems that the criminal responsibility was provided for in order to threaten local authorities and make them: 1) uniformly observe the laws and directions of higher authorities; 2) realize that their absolute power was over, initial Soviet decrees were no longer in force, and the regulation of administrative division was from then exclusively in the competence of the central authorities. The NKVD was charged to observe the obedience to the legislation on administrative division and to inform the All-Russian Central Executive Committee about the infringements³. The latter exercised the due prosecution against the offenders (but not criminal prosecution).

¹ СУ РСФСР. 1918. № 35. Ст. 467.

² СУ РСФСР. 1918. № 98. Ст. 929.

³ СУ РСФСР. 1924. № 51. Ст. 492.

АНАЛИЗ ИСТОРИЧЕСКОГО ОПЫТА ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ РАЗРАБОТКИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ КОРРУПЦИИ

Бондарчук Ксения Сергеевна,
студентка 2 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиал) Академии
Генеральной Прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Деревскова Валентина Михайловна,
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

В последнее время все большее внимание в нашей стране уделяется проблемам борьбы с коррупцией. В многочисленных выступлениях по телевидению и радио, в материалах прессы нам непрерывно доказывают необходимость борьбы с этим злом. Начинать борьбу нужно с того, что дать наиболее четкое и полное определение коррупции. Ведь это довольно сложное понятие, которое развивается во времени, имеет исторический характер и существенно зависит от социальных условий и традиций той или иной эпохи.

Если обратиться к словарю, то становится ясно, что термином «коррупция» обычно определяют использование должностным лицом доверенных прав и властных возможностей в целях личного обогащения¹. Наиболее типичными формами проявления коррупции являются взяточничество, подкуп должностных лиц и протекционизм, иными словами, выдвижение людей по признакам родства, личной преданности.

Анализируя отечественные правовые акты, начиная с Русской Правды, можно сделать вывод, что законодатель обратил внимание на проблему должностных преступлений еще в XIV веке. В частности, в Судных грамотах - Псковской и Новгородской были введены положения, запрещающие посулы (взятки): «тайных посулов не имати ни князю, ни посаднику», и «докладшиком от доклада посула не взять...»². О запрещении посулов говорилось и в Судебнике Ивана III: «посулов бояром, и околничим, и диаком от суда и от печалования не имати; також и всякому судие посула от суда не имати никому»³. Судебник 1497 г. закрепил первую общероссийскую уголовную норму, устанавливающую ответственность за взяточничество, но только в процессе судопроизводства. Он содержал статьи, запрещающие судьям брать

¹ <http://ru.wikipedia.org>.

² Российское законодательство X-XX веков. Т. 1. М., 1984. С. 306, 332.

³ Российское законодательство X-XX веков. Т. 2. М., 1985. С. 54.

посулы и отказывать в правосудии, а тяжущимся – давать посулы. Однако, устанавливая нормы ответственности, законодатель давал очень узкое значение посула (взятка, подкуп судьи в процессе судопроизводства), но в то же время не устанавливал, за какие именно действия судьи не могли брать посул.

В период царской власти исторически различающимися формами коррупции были мздоимство, т.е. получение взяток должностными лицами за совершение ими законных действий по их службе, и лихоимство, т.е. получение должностными лицами взяток за совершение незаконных, противоправных действий. Так же в дореволюционной России различались взятки, даваемые до совершения чиновниками соответствующих коррупционных действий – посулы, и взятки, даваемые после их совершения – поминки. Посулы и поминки и в современной России находят свое отражение. Например, денежные средства или подарки, передаваемые врачам после выполнения хирургических операций, уже не считаются взятками и прямо разрешаются руководителями соответствующих государственных лечебных учреждений как форма проявления благодарности врачам от пациентов и их родственников.

В Судебнике 1550 года уже расширяется круг действий, которые попадают под понятие коррупции, т.е. эта проблема рассматривается более детально. Это выглядело как «наказ» чиновникам: «А судом не дружить и не мстить, и посулов с суда не брать... за взятку невиновных в суде не обвинять... за взятку документы не подделывать...»¹. Так же Иван IV Грозный впервые вводит смертную казнь как меру наказания за данное деяние.

Царь Алексей Михайлович за время своего правления не принимал никаких антикоррупционных «грамот». Однако в этот период появилась и такая форма вымогательства, как волокита — нарочитое затягивание рассмотрения дела с целью получения взятки. Следовательно, понятие коррупции расширилось. Тогда впервые в истории России народ восстал против взяточников и потребовал выдать на самосуд глав Земского и Пушкарского приказов. Московский бунт 1648 г. был первым и последним в истории России бунтом по такой причине, как коррупция.

В царствование Петра I было осознано, что коррупция является злом для государства, подрывает бюджет страны и разлагает общество. Именно петровскую эпоху называют «пиком коррупции». В определение коррупции были добавлены такие деяния, как казнокрадство, уже употребляется термин «взяточничество». Именно Петр I ввел термин «лихоимство» Указом от 24 декабря 1724 г. «О воспрещении взяток и посулов и о наказании за оное». Под лихоимством понималось получение чиновниками при отправлении своих служебных обязанностей посулов и

¹ <http://www.apn.ru/publications>.

незаконных сборов с населения. Под страхом наказания указ запрещал всем чиновникам получать какое-либо иное вознаграждение за свой труд, кроме определенного им государством жалованья. Служащего, нарушившего запрет, ожидала суровая мера: «жестоко на теле наказан, всего имения лишен, шельмован, и из числа добрых людей извержен, или и смертью казнен будет»¹. Были введены в действие указы «О воспрещении взяток и посулов», «О наказании за взятки и лихоимство», «О наказании хищников за взятки лишением имения и живота». Постепенно коррупция вовлекала в свои сети все новые сферы жизни государства и общества. Помимо судебной системы коррупция проникла в таможенную систему, армию и флот.

В начале XIX века Указ Александра I от 18 ноября 1802 года подтверждал, что лихоимство или взятка в Российской империи не только существуют, но и распространяются между теми должностными лицами, которые бы должны их пресекать².

Важным этапом на пути совершенствования законодательства об ответственности за взяточничество и лихоимство было издание свода законов 1832 года, в котором этим деяниям была посвящена глава 6 раздела 5 тома 15. Хотя в ней не давалось понятие лихоимства, ст.336 содержала перечень видов лихоимства. Таковых было три:

- 1) незаконные поборы под видом государственных податей;
- 2) вымогательство вещами, деньгами или припасами;
- 3) взятки с просителей по делам исполнительным и судебным³.

Таким образом, Свод законов трактовал взяточничество как составную часть лихоимства. Под взятками здесь понимались подарки как деньгами, так и вещами, которые делались чиновникам для ослабления силы закона.

В 1845 г. Николай I принимает Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. Уложение становится основным законодательным актом, регулировавшим ответственность чиновников за мздоимство и лихоимство. Однако при этом законодательное определение этих понятий отсутствовало. В статьях Уложения конкретно были лишь указаны действия должностных лиц, не признававшиеся взяточничеством. К таковым относились: получение вознаграждения за сочинение и переписку проектов прошений, объявлений, договоров, закладных, купчих и каких-либо других актов и деловых бумаг, когда эти документы должны были поступить не в то место, где служит чиновник, сочинявший или переписывавший проекты указанных актов, или, когда на данный вид работы он получил разрешение от своего начальства. Если толковать эти правовые нормы, то мздоимство и лихоимство представляют собой два

¹ ПСЗ - I.T.V. N2871.

² <http://www.alldocs.ru/zakons>.

³ Там же.

главных вида взяточничества. Если действие, за которое получен дар, входило в перечень тех действий, не являющихся коррупцией, то получение вознаграждения являлось мздоимством, если же обязанности службы были нарушены – лихоимством. Таким образом, получение подарков не являлось коррупцией и не наказывалось законом, а получение денежных средств чиновником уже являлось преступлением. Такое разграничение являлось нерациональным, ведь не было установлено максимального стоимостного предела подарков.

После Октября 1917 г. и в период СССР, коррупция как явление, проникшее во все сферы жизни государства и общества, не была отменена. Но, власти не признавали слово «коррупция», тем самым отрицали само явление. Термин «коррупция» так и не был введен в употребление, вместо него использовались термины «взяточничество», «злоупотребление служебным положением». Именно для этого периода характерен термин «попустительство». По советскому уголовному праву – это умышленное не воспрепятствование совершению какого-либо преступления при наличии возможности принять меры, необходимые для его пресечения или предотвращения. Наказание за взяточничество было резко ужесточено советской властью. В течение многих лет принимались законы, издавались указы, неким образом затрагивающие вопросы, связанные с предотвращением, пресечением коррупции. Однако ни в одном нормативном акте не давалось определение коррупции. Можно сказать, что борьба шла только со взяточничеством. Этому подтверждение и Декрет СНК 1918 г. «О взяточничестве», предусматривающий за получение взятки наказание в виде лишения свободы на срок не менее 5 лет, соединенного с принудительными работами на тот же срок, и ст. 114 УК РСФСР 1922 г., и УК РСФСР 1926 г., предусматривающий за получение взятки наказание в виде лишения свободы на срок до 2 лет, а при отягчающих обстоятельствах (ответственное положение должностного лица, неоднократность, вымогательство взятки) - от 2 до 10 лет с конфискацией имущества. УК РСФСР 1960 г. предусматривал наказание за получение взятки без отягчающих обстоятельств до 5 лет лишения свободы, а при отягчающих обстоятельствах (тех же, что и в УК 1926 г.) - от 5 до 10 лет лишения свободы. Однако к проявлению коррупции того периода можно отнести такое понятие как «дефицит»: кто имел доступ к ограниченным ресурсам (а на тот период почти все товары являлись дефицитом), пользовался своим положением. В СССР так же существовало такое понятие, как «блат». По «блату» брали в институт и на работу, по «блату» продвигали по службе. Однако официально коррупция того периода сводится к понятию взятки.

В Российской Федерации только в 2008 г. был принят закон «О противодействии коррупции», давший официальное определение коррупции. Под коррупцией понимается получение взятки,

злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами¹. Данное понятие, безусловно, шире, чем то, что существовало ранее в законодательстве нашей страны, однако и оно далеко от совершенства, поскольку коррупция сведена к простому перечислению посягательств, составляющих суть должностных преступлений, с одной стороны, конкретизирующих, а с другой - подменяющих понятие коррупции².

Подводя итоги, можно сказать, что такое явление, как коррупция не ново для нашей страны. Осознавая, что коррупция наносит вред государству и обществу, законодатель пытается вести борьбу с этим явлением путем легального его определения. С каждым новым нормативно-правовым актом, определение коррупции становится шире, точнее, ужесточаются меры наказания. Однако из опыта предыдущих поколений видно, что коррупция как антисоциальное явление не исчезает, а только увеличивается. На данный момент, определение коррупции дано наиболее точно по сравнению с предшествующими легальными определениями. Но и сейчас эта дефиниция содержит неисчерпывающий перечень деяний.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВОВОЕ ОБРАЗОВАНИЕ НАСЕЛЕНИЯ

Боровков Артем Александрович,
студент 1 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Общие задачи воспитания граждан в разных странах решаются через специфические формы гражданского образования населения,

¹ О противодействии коррупции: Федеральный Закон РФ от 25 декабря 2008 г. №273-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

² Комментарий к ФЗ от 25 декабря 2008 г. N 273-ФЗ « О противодействии коррупции» / под ред. С. Ю. Наумова, С. Е. Чаннова. М.: Юстицинформ, 2009. С. 23.

соответствующие политическому строю, степени развития гражданского общества. Развитие гражданского правового образования является необходимым критерием для совершенствования и укрепления гражданского общества и правового государства. Проблема гражданского правового образования является актуальной для нашей страны уже долгое время. И только в последнее десятилетие XX века развитие ГПО стало для России одной из основных целей. Именно поэтому в настоящее время гражданское правовое образование находится в центре внимания педагогической общественности. Это связано с изменениями, происходящими в обществе, а именно с формированием гражданского общества и правового государства, переходом к рыночной экономике, признанием человека, его прав и свобод высшей ценностью. В результате чего система отечественного образования переживает сущностные изменения, проявляющиеся в организационно-управленческих, правовых, экономических сферах, осуществляется в выработке нового содержания образования, адекватного изменениям, происходящим в современном человеческом обществе. Роль государства и государственных структур в развитии гражданского образования определена в Указе Президента Российской Федерации № 2131 от 29.11.1994 г. «Об изучении Конституции РФ в образовательных учреждениях», где в целях формирования правовой культуры и гражданского воспитания личности вводится необходимость изучения Конституции РФ в учебных заведениях, и где сказано, что все образовательные стандарты должны быть основаны на ключевых положениях Конституции РФ.

Главная цель этих изменений - достижение нового качества образовательных результатов, соответствующего постиндустриальному, информационному обществу, способному обеспечить развитие России в новых условиях.

В различные времена в отечественном правоведении неоднократно поднималась и особо выделялась тема правовой культуры и правового сознания. Это не удивительно, т.к. от знания и понимания права в обществе, отношения к нему людей, характера их поведения (правомерного или противоправного) в значительной мере зависит реализация содержащихся в юридических принципах и нормах прав, свобод и обязанностей человека.

Здесь возникает вопрос: за счет чего можно достичь необходимого уровня правовой культуры и правового сознания в обществе? Ответом является правовое воспитание и правовое образование, обучение.

Для отечественной юридической науки и просвещения понятие «правовое образование» является достаточно новым. До конца 20 века в литературе разрабатывались только понятия «правовое воспитание» и «правовое обучение». В результате изучения многих точек зрения, одни из которых выступали за понимание правового воспитания в более широком

смысле, чем правовое обучение и наоборот, я все больше стал придерживаться позиции, которая рассматривает категории «правовое воспитание» и «правовое обучение» как взаимосвязанные и взаимодополняющие элементы, где воспитание едва ли может происходить без обучения, как и обучение не должно быть не воспитывающим.

Правовое обучение можно определить как процесс передачи систематизированных знаний, навыков старшими(т.е. квалифицированными лицами, настоящими профессионалами) и усвоение подрастающим поколением опыта правовых отношений, правового сознания, правовой культуры с достижением образовательного уровня и получением соответствующего документа.

Правовое воспитание – это целенаправленный, планомерный, организованный процесс формирования и развития системы социально-правовых ценностей, убеждений, готовности к активной правомерной деятельности личности.

Отсюда можно сделать вывод, о том что правовое образование является механизмом формирования правовой культуры и правового сознания. В свою очередь *гражданское правовое образование* определяется как одна из форм системы образования, имеющая предназначение подготовить человека к активной общественной жизни, жизни по праву, по закону.

Сегодня в нашем обществе существует деформация правовой культуры и правового сознания. Наиболее опасной формой деформации является правовой нигилизм. Под правовым нигилизмом понимается негативное отношение к праву и правовым явлениям. Он бывает пассивный и агрессивный.

При пассивном правовом нигилизме право не является ценностью, человек не верит в возможность достижения положительного результата юридическими средствами. Здесь человек живет по своим желаниям, совести или религиозным воззрениям. Но в данном случае правовой нигилизм не несет в себе преступного умысла (т.е.целенаправленного неповиновения закону).

Агрессивный правовой нигилизм- это сознательное враждебное отношение к праву, сопровождающееся совершением разного рода правонарушений и преступлений. Тут характерной чертой является изменение сознания человека и с правовой, и с нравственной стороны.

Эти и другие деформации мешают развитию общества, государства. Они могут привести к увеличению преступности в обществе. Например, история о малолетнем преступнике Аркадии Нейланде, который совершил в Ленинграде двойное убийство за день до своего 15-летия (27 января 1964 года). Суд приговорил Нейланда к высшей мере наказания- расстрелу, которое было приведено в исполнение. На мой

взгляд, меры наказания, которые имеют в своей основе только принципы возмездия, кары преступника, не могут должным образом предотвращать преступные деяния. Поэтому сегодня в России идет процесс ориентации на позитивные и превентивные меры, в том числе правовое образование населения. Причем получают правовое образование не только обычные граждане, но и лица, находящиеся в местах лишения свободы. В качестве примера, стоит привести деятельность студентов СФУ в Каннском Воспитательном реабилитационном центре (бывшей воспитательной колонии). В нем отбывают наказание подростки в возрасте от 14 до 18 лет. Данный проект направлен на правовое, нравственное воспитание подростков, приобщение их к жизни за пределами исправительного учреждения. Надо сказать, эта программа имеет огромный положительный результат.

Следовательно, чтобы уменьшить воздействие всякого рода негативных факторов, надо формировать у людей уважение к праву. Это является возможным при правовом образовании.

Правовое образование может быть как профессиональным, так и гражданским. ГПО должно способствовать достижению человеком собственных целей, без нарушений закона. Надо понимать тот факт, что сегодня наша страна является правовым государством- это закреплено в статье 1 Конституции РФ. Построение правового государства возможно только при правовом образовании всего населения или подавляющего его большинства.

На основе ГПО должно строиться профессиональное образование, которое должно быть многоступенчатым и многоуровневым. Это та необходимость, которую обязательно следует брать во внимание. Например, можно представить такую ситуацию, что учащийся школы в будущем хочет получить образование в области биологии, но в его школе не преподается такой предмет, как биология. Согласитесь, как нелегко будет студенту учиться в ВУЗе на биологическом факультете, когда он не имеет биологической базы. То же самое можно применить и к юридической профессии. К счастью, сегодня правовое образование начинается с учебных заведений начального, основного и среднего(полного) общего образования. К примеру, для осуществления правового образования учащихся в 1996 году в КГУ был открыт факультет дополнительного юридического образования, а в 1998 году - создан Межрегиональный правовой колледж КГУ, который успешно функционирует и сегодня. В высших учебных заведениях правовое образование является дифференцированным: выделяют специалитет, бакалавриат, магистратуру. Также существует послевузовское профессиональное образование, например, аспирантура или докторантура.

Образовательный процесс должен строиться постепенно, последовательно, необходимо уже в начальной школы проводить

правовую социализацию ребенка, давая ему не только юридические знания, но и навыки и умения активного правомерного поведения. На каждом уровне образования правовые знания, навыки должны быть даны в зависимости от возрастных особенностей, потребностей, требований, предъявляемых к каждой ступени образовательного процесса.

Важным фактором социально-правового образования молодого поколения, средством формирования нового гражданско-правового менталитета и гражданско-правовой культуры должно выступать новое содержание образовательных программ в российских учебных заведениях, то есть при получении образования необходимо давать определенную сумму знаний, юридическую подготовку представителям самых разнообразных профессий (будущим врачам, инженерам и т.п.). Например, сейчас популярна профессия экономиста, но разве можно работать менеджером в фирме, не зная всех необходимых моментов налогового, гражданского, трудового и даже уголовного права. Поэтому выпускник экономического вуза должен одновременно быть и компетентным экономистом, и юристом достаточной квалификации.

Кроме того, необходимо наладить просветительскую работу, направленную на ознакомление граждан с их правами и свободами. Ведь зачастую граждане просто не знают куда обращаться, имеют смутное представление о существующих законах, подзаконных актах и судебной системе. Население плохо информировано о своих правах и обязанностях. Поэтому В 2007 г. Ассоциацией Юристов России (АЮР) предложен проект создания общероссийской сети доступных юридических консультаций, которая может решить эти задачи. В декабре 2009 года Президент РФ Д.Медведев на встрече с руководством АЮР заявил о необходимости обеспечения юридической помощью, причем бесплатной, всего населения страны. То есть сформулированная общественной организацией задача получила поддержку на самом высоком государственном уровне.

Правовая грамотность наших граждан в последние 20 лет, несомненно, растет. Свидетельством тому является число обращений в суды всех видов и инстанций. Отстаивание своих прав в суде стало обыденным делом. Это признак того, что правовое государство, несмотря на все трудности, строится, а программы гражданского правового образования действительно работают.

РЕФОРМЫ УПРАВЛЕНИЯ СИБИРЬЮ НА РУБЕЖЕ XVII-XVIII В.В.

Войтенко Анастасия Евгеньевна,
студентка 1 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Емцов Григорий Николаевич,
к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

4 апреля 2011 года руководитель Федеральной службы государственной статистики РФ Александр Суринов заявил, что в России после проведения Всероссийской переписи населения может появиться новая национальность - «сибиряк»¹. В контексте данного заявления особую актуальность приобретает тема изучения истории государственного управления Сибирью. Одним из интереснейших периодов государственного становления сибирской земли является XVIII век.

После целой серии социальных взрывов, потрясших Сибирь в последнее десятилетие XVII в., Петр I решает создать новую модель управления, намереваясь модернизировать систему местной власти. Его сибирская реформа была направлена на достижение трех целей: во-первых, поставить местную администрацию под жесткий контроль правительственных учреждений; во-вторых, отделить от административной власти судебную; в-третьих, передать местной администрации полицейскую функцию.

В декабре 1708 г. Россия была разделена на 8 губерний, одной из которых и стала Сибирская. В общем и целом, полномочия сибирского губернатора были схожи с полномочиями его коллег в европейской части России. Помимо функций общего управления вверенной территорией на губернаторов в условиях войны со Швецией были возложены функции сбора налогов, поставки рекрутов, составления общей ведомости всех доходов расходов в губернии². Специфика же сибирского региона внесла свои коррективы в статус его руководителя. Полномочия сибирского губернатора были значительно расширены: он контролировал подушную подать, финансовую деятельность ратуш, обладал почти неограниченной судебно-полицейской властью.

¹ Всероссийская перепись населения 2010. <http://www.perepis-2010.ru/news/detail.php?ID=6427>

² См.: Блюстители верховной власти. Институт губернаторства в России: Институт губернаторства в России: исторический очерк. М.: Аграф, 2004. С. 36.

Однако на деле произошедшая при Петре бюрократизация управления Сибирью привела в итоге лишь к формированию огромной коррумпированной организации из местных чиновников во главе с самим губернатором. Традиция «кормления от дел», столь характерная для XVII века и квалифицировавшаяся в петровскую эпоху как взяточничество, процветала повсеместно.

Неудивительно, что уже в последние годы царствования Петра (особенно после показательной казни проворовавшегося сибирского губернатора Гагарина в 1821 году) вопрос о реформировании системы управления Сибирью приобрел особую остроту. Контрреформы 1725 – 1730 годов привели к глубокой ревизии петровского наследия и частичному возвращению к традициям управления XVII века. По инициативе генерал-прокурора Сената П. И. Ягужинского был восстановлен Сибирский приказ. Необходимость этой меры объяснялась снижением доходов от торговли и от поступлений в казну пушнины, ибо Сибирь «не в таком смотреии состоит, как преж сего бывало», когда в Москве был особый приказ, откуда во все сибирские города назначались воеводы, непосредственно сносившиеся с приказом. 20 декабря 1730 года императрица Анна Иоанновна повелела «Сибирский приказ в Москве по прежнему возобновить и быть под ведением сенатским».

Указ о восстановлении Сибирского приказа и последующая его история вызвали противоречивые оценки исследователей. Встречаются утверждения, что в этом решении «особенно ярко сказалась тенденция сознательного приближения к порядкам XVII столетия. В то же время Л.С. Рафиенко, посвятившая специальное исследование истории Сибирского приказа, считает, что «...восстановление Сибирского приказа <...> явилось не столько возвращением к прошлому, сколько восстановлением утраченного преждевременно звена в аппарате управления», который бы сосредотачивал «все данные об отдаленной Сибири и ее доходах» и контролировал злоупотребления местной власти.

Восстановление приказа отражает не только стремление П. И. Ягужинского вернуться к системе управления Сибирью конца XVII века, но и то, что «старый» Сибирский приказ не прекратил к этому времени полностью своей деятельности. Он не был ликвидирован и сохранился в виде московской «канцелярии Сибирской губернии», занимаясь, в частности, оценкой и реализацией пушнины. Лишь в 1741 году при обсуждении в Сенате инструкции новому сибирскому губернатору И. Шилову встал вопрос о бессмысленности существования приказа. Указом от 15 декабря 1763 года Сибирский приказ был ликвидирован¹.

¹ См.: Акишин М.О. Сибирский приказ в системе управления Сибирью в 1730-1763 годах // Российская государственность традиции, преемственность, перспективы.: материалы II Чтений памяти профессора Т. П. Коржихиной. М.: РГГУ, 1999.

Изучение истории управления Сибирью в первой половине XVIII века позволяет прийти к выводу о том, что петровская реформа – введение должности сибирского губернатора и наделение его широкими полномочиями, отражало общий курс государственных преобразований, но не учитывало специфики отдаленного сибирского региона. Однако и контрреформа П.И. Ягужинского не решила проблемы эффективности сибирского управления. Противоречивость государственной политики в отношении Сибири сохранялась вплоть до начала XIX века, пока в результате реформы М.М. Сперанского не была создана стройная логичная система, учитывающая особенности сибирского региона.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ПРАВА И МОРАЛИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКЕ

Горшков Егор Викторович,
студент 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Вопрос о соотношении права и морали является одним из ключевых в теории государства и права, философии и иных науках. Категории «право» и «мораль» присутствуют в жизни человеческого общества в течение длительного периода его существования, во многом обеспечивая саму его структуру, являясь важнейшими факторами общественной эволюции, непременными спутниками современного общества.

Изменения в общественных отношениях повлекли за собой необходимость переосмысления роли социальных регуляторов, и прежде всего права и морали, которые являются основными средствами упорядочения человеческого общежития.

В настоящее время термин право, являющийся юридическим, нередко воспринимается обывателями отвлеченно от его первоначального нравственного содержания, с ним ассоциируется некий сухой свод законов. Такое же определение права можно встретить в словарях современного русского языка: право – «совокупность устанавливаемых и охраняемых государственной властью норм и правил, регулирующих отношения людей в обществе».

Такая ситуация, подобный подход к правопониманию имеет негативные последствия.

В этой связи прав профессор В.М. Шафиров, который считает, что ориентация на одни нормы, то есть на явления, наиболее подвергающиеся корректировкам, изменениям со стороны правотворческих субъектов, неизбежно приведет к неверному восприятию закрепленных в праве идей, ценностей, положений, дозволений и запретов, а значит, в итоге к неправильному, ошибочному решению. В итоге ограничиваются, ущемляются права и свободы людей, им наносится материальный и моральный вред. Это наносит удар по престижу закона, укрепляет позиции правового нигилизма.

Современные российские теоретики права обращают особое внимание на проблему нравственного содержания права. Так, В.Д. Попков утверждает: «связь права и морали находит выражение <...> в теории права». В чем же, по мнению В.Д. Попкова, заключается эта взаимосвязь?

Прежде всего в глубинном нравственном содержании права, которое, согласно одному из древних изречений, является «искусством добра и справедливости». Такое понимание права принципиально важно, так как представляет собой исходную позицию для оценки содержания законов, которые должны рассматриваться в аспекте этических критериев справедливости и гуманности. Закон может соответствовать данным критериям, но может и отступать от них. В.Д. Попков замечает: «..закон может оказаться не соответствующим этим социально-философским и этическим категориям. В этом случае закон не может быть признан подлинным правом».

Санционирование и применение государством гуманных и справедливых законов укрепляет престиж закона, правопорядок и общественную нравственность. Право и мораль имеют общую цель – согласование интересов личности и общества, обеспечение и возвышение достоинства человека, поддержание общественного порядка.

В ситуации, когда нормы права приходят в противоречие с требованиями нравственности, а также с общественным мнением, отстаивающим высокие моральные ценности, государственным долгом является урегулирование этого противоречия, принятие необходимых мер по совершенствованию законодательства.

Из вышеизложенного следует обобщающий вывод, что право по своей органике представляет собой явление глубоко морального порядка и его функционирование оказывается невозможным без прямого включения в ткань права моральных критериев и оценок.

Построение правового государства невозможно без отлаженного механизма эффективного правового регулирования. К сожалению, стоит признать, что в настоящий момент процессы правотворчества и правоприменения отличаются хаотичностью, действия законодательных и

исполнительных органов власти – недостаточной согласованностью. По мнению С.В. Полениной, дефектами современного законодательства являются бессистемность, внутренняя противоречивость, излишняя многочисленность нормативных актов.

В настоящее время по-прежнему актуальными остаются вопросы эффективности российского права, поэтому важны научные разработки с учетом нравственных требований и критериев.

Проблема качества законов остается до сих пор недостаточно решенной ни в теоретическом, ни в практическом плане, хотя в последнее время интерес к ней заметно возрос.

Взаимодействие права и морали достаточно отчетливо выражено в юридических текстах. Так, в законодательных нормативных актах нередко использование оценочных понятий нравственного характера (недостойное поведение, цинизм, честь и т.п.). Моральные нормы могут выполнять функцию оснований юридической оценки, а нарушение моральных принципов общества является в некоторых случаях достаточным для наступления правовых последствий (санкций). Многие требования общественной нравственности непосредственно охраняются нормами уголовного и административного права. Когда моральное требование, моральная норма закрепляется в праве, она становится правовой, но вместе с тем не теряет своего нравственного значения. Поэтому можно говорить о наличии нормативно-ценностной системы общества морально-правовых норм.

По мнению В.П. Сальникова, в целях нравственного обоснования правовых норм в них широко используются преамбулы, т. е. вводные, разъясняющие части документов. Именно в них дается общая характеристика нормативных положений и их нравственная оценка, которая делает правовые акты более понятными для восприятия, а цели принимаемых государством законов усиливают нравственный аспект сформулированных в них норм.

Такого же мнения придерживается и Р.Х. Хажипов, который считает, что «общность регулирующих свойств права и нравственности определяется главным образом тем обстоятельством, что они характеризуются гуманистической направленностью, обращенностью к идеалам добра и справедливости, свободы и ответственности. Право и нравственность взаимовлияют, взаимоопосредуют друг друга, и если право выступает в качестве надежного гаранта реализации нравственных норм и принципов, то нравственность придает праву подлинную человечность, гуманность».

В большей степени это относится к нормам уголовного права, ибо оно воздействует на общественные отношения сильнодействующими средствами и поэтому более, чем другие отрасли права, нуждается в соблюдении норм нравственности. Еще М.П. Чубинский отмечал, что

уголовное право наиболее чувствительно отражает современные ему общественные воззрения на добро и зло.

Конкретным проявлением взаимопроникновения права и морали является использование нравственных норм при применении права, ибо правоприменительные органы широко используют в своей деятельности моральные критерии.

Имеются общественные отношения, при правовом регулировании которых использование нравственных норм является обязательным. Так, основная часть брачно-семейных отношений регулируется нормами морали и обычаями. Однако государство вынуждено брать под свой контроль такие аспекты этих отношений, которые имеют особое социальное значение и поэтому не могут быть в зависимости от моральных качеств членов семьи.

Необходимо отметить, что в российском законодательстве немало правовых норм, стимулирующих социально полезное поведение людей. Достаточно указать на нормы, предусмотренные гл. 56 ГК РФ, устанавливающие правовые последствия публичного обещания награды, а также на нормы, закрепленные ст. в ст. 191 ТК РФ, регулирующие поощрение за труд, и те нормы УК РФ, которые стимулируют добровольный отказ от преступления (ст. 31 УК РФ) и определяют основания освобождения лиц от уголовной ответственности и наказания (ст. 75-80).

Постепенно приходит понимание того, что с помощью одних только правовых средств нельзя обеспечить безопасность и правопорядок, соответствующие идее правового государства. Н.И. Матузов по этому поводу пишет: «Прямое влияние на эффективность законов оказывают падение морали, девальвация духовных ценностей, распущенность, вседозволенность, другие социальные аномалии. Давно было сказано: бессмысленны законы в безнравственной стране».

Принятие законов, нравственных по своей сути, еще не гарантирует их «правильную» реализацию, которая должна соответствовать моральным нормам и принципам. Как известно, многие требования морали закреплены в законодательстве, но механизмы их реализации не работают в нынешней, во многом аморальной ситуации.

Политические реформы, процесс модернизации, демократизации общества и формирования правового государства выдвинули на первый план проблему качественного исполнения законов.

Даже самый демократичный закон по своей сути окажется неэффективным, если практика его применения государственными органами, например судами, не будет соответствовать предъявляемым моральным требованиям.

Ярким примером обязательного использования нравственных норм при оценке поведения человека может служить применение норм КоАП

РФ, предусматривающих ответственность за хулиганство, занятие проституцией и др.

Нравственное содержание юридического процесса определяется не только этическими началами законодательства, но и моральными требованиями, которые предъявляются к лицам, осуществляющим процессуальную деятельность. «Судебное решение лишь частично может быть запрограммировано законодателем <...> эффективность права в судебной власти зависит в большей степени от нравственных качеств кадрового состава, чем от совершенства законодательства».

В свете сказанного особое значение приобретает в юридическом процессе личность судьи как субъекта правоприменения. Его нравственные качества (честность, добросовестность, чувство совести, долга, справедливости) подкрепляются нормами действующего законодательства.

В то же время в общественном мнении применение права обычно ассоциируется с деятельностью судебных органов по рассмотрению и разрешению гражданских и уголовных дел. Однако, как верно подмечает Н.Н. Вопленко, не следует забывать, что значительный объем правоприменительной работы осуществляется также органами исполнительной власти, контрольно-надзорными органами, администрациями предприятий и учреждений. Теперь активно, но не всегда, к сожалению, законно применяют право и негосударственные структуры: органы местного самоуправления, руководители частных фирм.

Для многонациональной России исключительно важна этнокультурная составляющая нравственной культуры управленческих кадров, иными словами, учет того, как этнические традиции преломляются в личностной этико-ценностной ориентации, в моральных требованиях к служебной деятельности, а также внеслужебным и служебным отношениям. Есть много общих черт в нравственной культуре россиян разных национальностей: доброжелательность, стремление «жить по правде и справедливости», уважительность, совесть, сострадание, милосердие и пр.

Внедрение нравственности в управленческие служебные отношения – дело общегосударственной значимости еще и потому, что «реализация любого уровня способностей людей принимать решения определенной эффективности коррелируется с соответствующими типами отношений людей, точнее – со способностью формировать эти отношения».

Таким образом, законотворчество должно быть тесно увязано с правоприменительной (особенно законореализационной) практикой. Качество принятых законов (в том числе соответствие их моральным требованиям) и умение их применять – это система «сообщающихсяся

сосудов». По практике применения можно судить о моральности и эффективности нормативных правовых актов.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ КАК НРАВСТВЕННО-ПРАВОВАЯ КАТЕГОРИЯ

Гусейнова Эльвира Физулиевна,
аспирантка кафедры теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Справедливость – это одна из важнейших проблем современности, которая отображает сложные процессы мирового развития в прошлом и настоящем, и с нею связаны представления людей о будущем.

Изучение проблем справедливости дает возможность глубже постигнуть смысл проживаемой эпохи.

В настоящее время вопросы справедливости приобретают особую актуальность и связано это прежде всего с глобальными изменениями, происходящими в российском обществе на протяжении последних 20 лет.

Кризис прежнего мировоззрения, обусловленный экономическими катаклизмами, резкий переход к открытому обществу и информационная экспансия западного образа жизни, морально-нравственных императивов не могли не вызвать определенной деформации российского правосознания.

Сегодня необходимость утверждения в России как правовом социальном государстве идеи справедливости осознается на самом высоком уровне политической власти. О справедливости как сочетании свободы и равных возможностей, с одной стороны, и обеспечении достойной жизни, в том числе лицам, которые нуждаются в особой заботе со стороны государства и общества (инвалидам, пенсионерам, сиротам и др.) – с другой, подчеркивал в 2005 году в своем Послании Федеральному Собранию РФ В. В. Путин¹. Президент РФ Д. А. Медведев, обращаясь к Федеральному Собранию РФ в 2008 году, первой в ряду ценностей современной России назвал справедливость, понимаемую как

¹ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 25 апреля 2005 г. // СПС «КонсультантПлюс»

политическое равноправие, честность судов, ответственность руководителей, реализуемую как социальные гарантии и требующую преодоления бедности и коррупции¹. Однако при всем осознании необходимости руководства основами справедливости при построении правового государства в настоящее время отсутствует единство в понимании природы категории справедливости.

В настоящее время в юридической литературе предметом дискуссий является природа категории справедливости. Если обобщить весь спектр мнений, высказываемых по данному вопросу, то он может быть представлен следующим образом:

- справедливость является исключительно категорией нравственной, и к праву она никакого отношения не имеет.

- справедливость – это правовая категория, поскольку право есть сама справедливость.

- справедливость рассматривается как нравственно-правовая категория.

В целях детального изучения рассматриваемой категории целесообразным вначале будет обратиться к ее этимологии. Слово «справедливость» имеет в русском языке много значений. Под ним подразумевается и беспристрастность действий, суждений, и честное признание за кем-то чьей-нибудь правоты, достоинства, и воздаяния должного на законных и честных основаниях, и в целом соответствие человеческих отношений, поступков общепринятым моральным и правовым нормам.

В Дигестах Юстиниана было написано: «Право получило свое название от слова «справедливость», ибо согласно превосходному определению Цельса, право есть искусство доброго и справедливого»².

Значительный вклад в понимание справедливости вложил Платон, он говорил: «Справедливо заниматься своим делом и не вмешиваться в чужие - это и есть справедливо...»³. Справедливо то, что соответствует праву, и действовать по справедливости – это значит действовать по праву, в соответствии с его всеобщим масштабом и равными для всех мерами свободы.

Ученик Платона, Аристотель определял справедливость двояким образом: согласно двум категориям законов и согласно людям, которых они касаются. В своем труде «Большая этика» он указывает, что «справедливость есть соответствие закону <...> а право служит мерилom справедливости»⁴. Также справедливость Аристотель определяет и как

¹ См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 5 ноября 2008 г. // СПС «КонсультантПлюс»

² Дигесты Юстиниана // www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pravo/digest/01.php.

³ Платон. Государство // www.velib.com/book.php?avtor=p_375_2&book=8199_11_4.

⁴ Аристотель. Большая этика // filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z000035.

беспристрастие, выражением которого является закон: «... ищущий справедливости, ищет чего-то беспристрастного, а закон и есть беспристрастие»¹.

Следует отметить, что аристотелевская концепция справедливости противоречит распространенному тезису Соловьева о том, что закон ограничен и вместо совершенства требует низшей, минимальной степени нравственного состояния, поэтому в соотношении с нравственностью «право есть низший предел или некоторый минимум нравственности, равно для всех обязательный»².

Понимание справедливости как исключительно правовой категории критически было воспринято И. Кантом, который всецело относил ее к области морали. Он отмечал: «Суд справедливости <...>, содержит в себе противоречие... Строжайшее право – это величайшая несправедливость, но на пути права этому злу ничем помочь нельзя., потому что справедливость относится только к суду совести»³. Понимание справедливости как нравственной категории было также присуще и Гегелю.⁴

Представители позитивизма отмечают, что «ссылки на моральные категории справедливости, добра и зла важны при определении понятия и характеристики морали, но не самого права». Это, по их мнению, ведет к смешению категорий права и морали и создает, таким образом, дополнительные сложности. Данная позиция также поддерживалась Джоном Остином, который четко разграничивал позитивное право и мораль. В соответствии с его взглядами, вопрос о справедливом не снимается, а выносится за рамки юриспруденции и становится предметом смежных дисциплин – этики и науки законодательства⁵. Схожего представления о природе категории справедливости придерживался и Ганс Кельзен, который также не устал повторять, что моральные ценности, в том числе справедливость, есть требование морали, что для чистого учения о праве характерна антиидеологическая направленность, исключая смешение позитивного права с «идеальным» или «подлинным» правом. Таким образом, в силу своей произвольности, субъективности и изменчивости, категория справедливости имеет право на существование, но не в рамках теории права. Однако здесь следует оговориться, что в данном случае речь идет исключительно о позитивном праве, а не праве вообще.

Говоря о справедливости, один из выдающихся философов русского зарубежья Б. Л. Вышеславцев писал: «Власть и право всегда стоят перед судом правды и справедливости», однако, отмечал он, идея правды и

¹ Там же.

² Соловьев В. С. Нравственность и право // www.istu.ru/unit/epign/siip/psyhripr/3700.

³ Кант Иммануил. Сочинения. Т. 4. М., 1965. С. 144.

⁴ См.: Гегель. Сочинения. Т. 3. М., 1977. С. 130.

⁵ Мартышин О. В. Право и справедливость // http://library.by/portal/s/modules/politics/referat_readme.php?subactio=showfull&id=1096455415&archive=&start_from=&ucat=5&category=5.

справедливости – это основная религиозно-этическая идея.¹ Таким образом, автором также отвергалась идея правовой природы категории справедливости и подчеркивалось ее нравственное начало.

В современной отечественной литературе акад. В. С. Нерсесянцем представлена позиция, в соответствии с которой «..справедливость – категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т.д.). Более того, только право и справедливо»². Справедливость – это самосознание, самовыражение и самооценка права и потому вместе с тем правовая оценка всего остального, внеправового³. Однако сложно отрицать то, что справедливость внутренне присуща праву и в первую очередь она проявляется в качестве определенной меры (критерия, масштаба), при которой требование и воздаяние согласуются, соизмеряются, выражая как оптимальное сочетание интересов индивидов, коллективов (групп), общества (государства), так и степень их защищенности в праве⁴.

В поддержку того, что категория справедливости имеет прямое и непосредственное отношение к праву свидетельствует еще и то, что во многих языках очевидно родство слов «справедливость» и «право», например, в греческом – «Dikaiosyne» и «dikaion» или в латинском – «iustitia» и «jus», в русском – «право» и «справедливость». И даже, если, как во французском, на первый взгляд, связи нет – «justice» и «droit», последнее все равно можно заменить на «juste»⁵.

В юридической литературе обоснованно отмечается, что, хотя справедливость пронизывает все сферы жизни общества, наиболее яркое воплощение она получает в правовой системе. Справедливость, будучи зафиксированной, посредством норм права, выступает в качестве признанного и защищаемого государством масштаба соизмерения действий людей. Право как нормативно закреплённая справедливость не теряет присущих ей качеств, даже приобретая юридическую специфику. Выраженное через право требование справедливости выступает не только в качестве морального, но и правового требования, если бы оно перестало быть справедливым с точки зрения морали, то и будучи выраженным в праве, также не было бы справедливым⁶.

Очевидно, что справедливость не может существовать как чисто правовая категория и вряд ли возможно дать ей определение как исключительно правовой категории, она не может и не должна привязываться исключительно к праву или к морали (нравственности).

¹ Вышеславцев Б. П. Кризис индустриальной культуры. Избр. Соч. М., 2006. С. 307.

² Нерсесянц В.С. Философия права. М., 1998. С. 28.

³ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 65-67.

⁴ Андриановская И. И. Критерии справедливости в праве // www.elibrary.ru.

⁵ Шпренгер Г. Взаимодействие: соображения по поводу антропологического понимания масштабов справедливости // Философия права. 2004. №5. С. 16.

⁶ Булгаков В. В. Концепция справедливости в праве: диссертация, 2003. С. 88-89.

Справедливость - это ценность особого порядка, многосоставная, сложная, комплексная. Многоплановость рассматриваемой категории подчеркивается также в определении, предлагаемом энциклопедическим словарем: «Справедливость - категория морально-правового и социально-политического сознания, понятие о должном, связанное с <...> меняющимися представлениями о неотъемлемых правах человека. Содержит требование соответствия между реальной значимостью различных индивидов (социальных групп) и их социальным положением, между их правами и обязанностями, между деянием и воздаянием, трудом и вознаграждением и преступлением и наказанием...»¹. Из представленного определения явствует, что справедливость – это философская, нравственная, общесоциальная и одновременно юридическая категория, она выступает своеобразным каналом, по которому, воплотившись в правосознании законодателя, правоприменителя, граждан, нравственные воззрения и чувства проникают и вплетаются в действующее законодательство, правоприменительную деятельность, а также реализуются в правомерном поведении участников правоотношений.

Справедливость следует понимать как нравственно-правовую категорию: только такой интегрирующий взгляд наиболее продуктивен, поскольку «сущность права не может быть постигнута <...> общей теорией права, если последняя не выйдет за пределы юридических категорий»². Справедливость - это одна из наиболее гуманных и передовых идей в истории человечества и в правовом государстве ее духом должны быть пронизаны все законы и нормативно-правовые акты³.

¹ Советский энциклопедический словарь. М., 1982. С. 1270.

² Хайруллин В. И. Справедливость как комплексная ценность // Государство и право. 2010. №3. С. 100; Общая теория государства и права. Т. 2. Теория права. М., 1998. С. 22.

³ Хайруллин В.И. Указ.соч. С. 101.

ЭМПИРИЧЕСКИЕ ДАННЫЕ О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В НЕЗАВИСИМЫХ ДЕРЕВНЯХ ИНДЕЙЦЕВ ЮРОК (СЕВЕРНАЯ КАЛИФОРНИЯ) КАК ПРЕДМЕТ НАУЧНОГО АНАЛИЗА

Дробышевский Дмитрий Сергеевич,
студент 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В современной отечественной юридической литературе ведётся дискуссия о том, существует ли в первобытных человеческих общностях право как приказ суверена подданным. Нередко последние три понятия предстают в трактовке Дж. Остина.¹

Аргументация «за» и «против» наличия права в первобытных обществах нередко ведётся умозрительно, то есть без опоры на конкретный фактический материал. Особенно часто так обстоят дела с доводами противников наличия юридических норм в условиях первобытности.

Вместе с тем найти верное решение отмеченного спора возможно лишь при опоре на эмпирические сведения из истории первобытных социальных организмов, подтверждающие или отрицающие наличие приказов суверена подданным в подобных объединениях. Часть таких данных приводится далее.

Этот материал взят из англо-язычной литературы по правовой антропологии. Здесь используются непривычные для отечественного читателя юридические термины, сформулированные известным американским исследователем Хохфельдом.² Это понятия права требования, обязанности, преимущественного права, отсутствия права требования, полномочия, ответственности, иммунитета и отсутствия полномочия. Знакомые слова, но специфическое содержание. Эти термины предназначены для описания правоотношения. Прежде чем раскрыть их, нужно обозначить понимание объекта правоотношения Хохфельдом.

¹ Austin J. Op. cit. P. 89.

² Hohfeld W.N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Yale Law Journal. 1913. С. 3-16 ff; Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Yale Law Journal, 1917. С. 26 – 710 ff; Hohfeld. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays.

«Фундаментальной предпосылкой Хохфельда было то, что все правовые отношения существуют между людьми, или, как выражено Корбином: «Не может быть такого случая, как правовое отношение между человеком и вещью».¹ Правовым спором может быть тот, который затрагивает отношения между двумя людьми касательно вещи; но спор лежит только в отношениях между вовлечёнными людьми».² Из этого следует, что не существует иного объекта правоотношения, кроме действий человека. В самом деле, даже когда люди спорят о принадлежности стула, объектом их спора является не сам стул, но действия друг друга по отбиранию стула друг у друга. Далее Хобель пишет: «Каждое правовое отношение двусторонне, и есть две стороны на монете в каждой из четырёх фундаментальных связей, признанных в системе Хохфельда. Основных понятий, поэтому, восемь, и они разделяются на пары в четыре фундаментальные взаимные связи»³. Они представлены в следующей схеме:

Человек «А» - Человек «В»

1. Право требования - Обязанность.
2. Преимущественное право - Отсутствие права требования.
3. Полномочие - Ответственность.
4. Иммунитет - Отсутствие полномочия.

Хобель отмечает, что первая и третья связи позитивны и активны. Обеспечиваются они средствами правовых санкций, ибо императивны, подчинены принудительной власти судов или другой законной власти.⁴ Вторая и четвёртая связи негативны и пассивны. Поясняя эту мысль, Хобель отмечает, что «Они не подчиняют себя принудительному осуществлению правовыми средствами. Скорее, они устанавливают пределы активности права, ибо они определяют типы поведения, которые находятся вне рамок сферы контроля права и не подчиняются принудительной власти судов или другой законной власти <...> пассивные правовые отношения есть заявления о некасательстве к праву».⁵ Право не вмешивается в такие отношения, но лишь оберегает их.

С использованием вышеназванных терминов Хобель в своём труде «Право первобытного человека» описывает правовое регулирование в независимых деревнях индейцев Юрок. Эти индейцы живут в Северной Калифорнии в низовьях реки Кламат и на части побережья Тихого Океана.

Конкретный эмпирический материал о правовом регулировании общественных отношений индейцев Юрок собран двумя крупнейшими

¹ Корбин А.. Л. Правовой анализ и терминология // Юридический журнал Йельского Университета. 1919. №. 29. С. 165.

² Adamson Hoebel E. The Law of Primitive Man. - Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1954. P. 47-48.

³ Там же. С. 48.

⁴ Там же. С. 49.

⁵ Там же. С. 49 – 50.

американскими антропологами. Речь идёт о профессорах Кроебере и Хобеле.

Изложенное ими показывает, что первобытное право не только существует, но и делится на частное и публичное. Более того, первобытным людям известно и деление права на материальное и процессуальное. В частности, Кроебером собраны данные, свидетельствующие о наличии в первобытных общностях индейцев Юрок уголовного процесса.

Перед совместным семинаром по психологии и антропологии на «Психологических подходах к культуре», проведённых в Университете Калифорнии (Беркли) весной 1941 года, Кроебер обсуждал со слушателями культуру и индивидуальность Юрок. В ходе этого обсуждения он представил несколько реальных судебных дел, разрешённых судьями Юрок.

Первый из них «является результатом широкого понимания ответственности, имеющего силу у Юрок, и относится к факту, что местности, которые наиболее подходящи как рыболовные участки, вдоль берегов реки Кламат, были предметом частной собственности. Владелец наследственного права на рыбное место пользовался, в отличие от любого другого человека, правом требования исключительного пользования участком. Он, однако, обладал полномочием распространять временное преимущественное право любой второй стороны рыбачить в его личном месте. Распространение такого преимущественного права на незнакомца налагало на сторону собственника обязанность следить, чтобы в результате поиском незнакомцем рыбы не произошло вреда. Неисполнение этого считалось у Юрок виной собственника; имел несчастье нарваться на скалу во время рыбной ловли с территории принимающего и потерпев в связи с этим вред, приглашённый имел законное право требования возмещения ущерба к пригласившему его, проистекающее из его первоначального права требования, чтобы собственник охранял его от вреда»¹. Проведя опрос индейцев Юрок, Кроебер записал случай, когда «посетитель трёх братьев отправился на охоту за морским львом в то время, когда он ещё был их гостем. Рискованное предприятие закончилось гибельно: он утонул. Родственники мёртвого человека требовали возмещения ущерба, эквивалентного полному вергельду. Три брата отрицали материальную силу требования, отказываясь, таким образом, признавать обязанность. Тогда родственники начали судебное преследование, и были избраны кроссеры, чтобы заслушать свидетельские показания, определить закон и вынести судебное решение. Свидетельские показания представили доказательства, что братья пригласили покойника остаться на ночь с ними. По праву Юрок это налагало обязанность охранять благополучие их гостя.

¹ Adamson Hoebel E. The Law of Primitive Man.-Cambridge, Mass.Harvard University Press, 1954. P. 54.

В дальнейшем было установлено, что утопление произошло на расстоянии от того самого пляжа, которым частным образом обладали три брата. Это было признано, чтобы установить параллельную обязанность охранять гостя. Братья были признаны ответственными и нарушившими свои обязанности по этим двум пунктам, и кроссеры присудили полный вергельд родственникам покойника».¹ В этом случае мы видим применение норм частного права с ярко выраженным публичным интересом. Утонувший человек официально не простился с собственниками участка, где ночевал. Уже поэтому он был признан их гостем. Решение дела в пользу родственников покойного способствовало воспитанию в индейцах Юрок чувства ответственности друг за друга. Расчёт был прост: не желающий беспокоиться о жизни и здоровье окружающих должен заплатить. Поскольку люди, как правило, желают избавиться от лишних материальных затрат, они будут беспокоиться друг о друге. В результате они станут более ответственными друг за друга. Ответственность членов независимого политического общества друг за друга со времён Платона считалась важнейшим параметром жизнеспособности публично – правового образования. В платоновских диалогах «Государство» и «Законы» можно найти подробный анализ этого аспекта политической жизни.

Другой записанный Кроебером случай, относящийся к шестидесятым годам девятнадцатого века, показывает деление права Юрок на материальное и процессуальное, а также освещает интересные стороны правовых отношений касательно собственности у Юрок. Индейцы повествуют, что «семья, главой которой был М, не обладала пляжем как таковым, но обладала давно установленным правом требования, чтобы ласты всех морских львов, пойманных вдоль тихоокеанского побережья на расстоянии около четырёх миль в любом направлении от их поселения, приносились им».² Такая конструкция собственности весьма напоминает институт социальной помощи в современном праве социального обеспечения. Возможно, что уже в первобытных человеческих общностях существовали правовые нормы, регулирующие эти важные отношения. Далее Кроебер пишет, что «охотник по имени Л пренебрегал своей обязанностью в этом отношении несколько раз. М, вместо принятия законных мер, замыслил и, в конце концов, напал на отца Л, ранив его стрелой. Семья Л предъявила иск о возмещении ущерба от нападения. Кроссеры рассмотрели дело надлежащим образом. Их вердикт гласил, что повреждения, понесённые под действием ранения, были немного меньше, чем убытки, проистёкшие из нарушения права требования семьи М на ласты морских львов. Следовательно, требования семьи Л были аннулированы. Дело, таким образом, предполагалось справедливо

¹ Adamson Hoebel E. The Law of Primitive Man.-Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1954. P. 54.

² Там же. С. 54 – 55.

разрешённым; но, хотя по иску было вынесено судебное решение, значение вреда не побледнело. Так что Л остался в обиде, и, двумя днями позже законного урегулирования, он проклял М. Наложить проклятие без юридического оправдания считается нарушением обязанности по праву Юрок. На этом основании М предъявил против Л требование о возмещении ущерба от нарушения его обязанности воздерживаться от проклинания. Кроссеры были за работой по делу, когда горячие родственники М убили Л. Тут они страшно ошиблись, ибо их одновременные пренебрежение надлежащей правовой процедурой и применённая санкция, которая была слишком сильна, выходят за пределы преимущественного права. Когда сестра Л отплатила проклинанием убийц, сделать это было её преимущественным правом. Но с большим результатом мать Л предъявила претензию на наследственное право требования передачи ей в собственность ласт морских львов в качестве равноценного заместителя вергельда её сына. Она добилась присуждения».¹ Описанный только что случай ярко демонстрирует деление права на материальное и процессуальное. Мы видим, что обратившемуся в суд индейцу запрещено, во время работы суда, применять своё преимущественное право на наказание обидчика.

Третий случай относится к частному праву Юрок. Согласно опросам индейцев, проведённым лично Хобелем, собственность на каноэ у Юрок имела любопытную особенность. Собственник каноэ имел обязанность «удовлетворять право требования любого пересекающего страну путешественника перевезти его через реку, когда он позовёт. Неудовлетворение этого давало стороне путешественника начало права требования возмещения ущерба, равного одной зубчатой раковине. Однако, в противовес своей обязанности, собственник каноэ пользовался правом требования к путешественнику против любого вреда, понесённого им (собственником каноэ) вследствие оказания услуги. Собственник лодки, чей дом охватило огнём и сожгло в то время, когда он занимался перевозкой пассажира, пользовался правом требования полного возмещения ущерба его пассажиром по презумпции, что он мог бы подчинить огонь контролю, если бы он не был занят на реке.

Приведённые три случая показывают, что право в первобытных человеческих общностях не только существовало, но и делилось на материальное и процессуальное, частное и публичное. Иными словами, право уже в первобытном обществе делилось на отрасли. Как видим, западные попытки деления первобытного права на отрасли имеют под собою прочное основание.² Вышеизложенное опровергает ранее

¹ См. также Kroeber A.L., Spott R. Yurok Narratives. University of California Publications in American Archaeology and Ethnology. 1943. №35. P. 182 – 199.

² Pospisil L.J. Anthropology of Law. P.14.

распространённое мнение об однородности всех юридических норм на заре правовой истории.¹

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ СОЦИАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВО И ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО

Захаров Артем Алексеевич,
студент 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

«Государство – многоаспектное образование, где каждый аспект его структуры и деятельности получает соответствующее определение»². В научный оборот прочно вошли категории *правовое* и *социальное государство*. Не утихают споры по поводу соотношения этих черт государства, их определения и признаков. В Конституции Российской Федерации был воспринят подход, допускающий их сосуществование: в статье 1 говорится о правовом демократическом государстве, в статье 7 Россия объявлена социальным государством. В настоящей статье мы хотим рассмотреть возможность существования социально-правового государства.

Актуальность выбранной тематики обусловлена построением в России демократического государства, увеличением роли права в жизни общества с одновременным расширением социальных обязательств государства перед населением, проблемой построения новой идеологии.

Под правовым государством в науке чаще всего понимается «демократическое государство, в котором создаются условия для наиболее полного обеспечения прав и свобод человека и гражданина, ограничения правом государственной власти в целях недопущения злоупотреблений, признаются верховенство права, закона, разделение властей, равенство всех перед законом, ответственность государства перед своими гражданами»³.

¹Дюркгейм Э.О разделении общественного труда:этнод об организации высших обществ. Одесса:Типография Г.М. Левинсона, 1900. С. 53 – 54, 105 – 117.

²Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 5.

³Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 5.

Рассмотрение указанного определения позволяет выделить основные признаки правового государства, таковыми выступают:

1. верховенство правового закона;
2. ответственность государства перед гражданами;
3. развитые гарантии прав человека и гражданина;
4. различие в типах правового регулирования личности и государства;
5. принцип разделения властей и наличие механизма сдержек и противовесов;
6. наличие гражданского общества и демократический характер государства.

Социальное государство понимается в науке как правовое демократическое государство, которое провозглашает высшей ценностью социальную справедливость, политика которого направлена на обеспечение гражданами достойной жизни, социальной защиты, минимизацию социальных рисков, создания условий для самореализации творческого (трудового) потенциала личности, коллектива и государства, а также создает необходимые условия и возможности для наиболее полной реализации прав и свобод человека, включая право каждого человека на достойную жизнь¹.

Признаки социального государства:

1. Права и свободы человека и гражданина провозглашаются высшей ценностью, их соблюдение и защита выступает главной целью политики государства;
2. Правовой и демократический характер государства, наличие развитого гражданского общества;
3. Направленность государственной политики на обеспечение необходимого уровня материальных благ для каждого гражданина;
4. Стремление государства к установлению социальной справедливости в обществе;
5. Существование социально ориентированной, развитой, смешанной экономики;
6. Социальная ответственность государства.

Можно выделить три основных подхода к вопросу о соотношении правового и социального государства. Согласно первому правовое и социальное государство - это стадии развития государства и общества, сменяющие одна другую (сторонник В. С. Нерсисянц). Сторонники второго подхода говорят о противоположности данных черт государства (Э. Форстхоф). Третий подход (сторонники З. Ш. Гафуров, К. Кюль) допускает одновременное существование в одном государстве правовых и социальных начал.

¹ Волгин Н. А., Гриценко Н. Н., Шарков Ф. И. Социальное государство: учебник. М.: Дашков и К, 2004. С. 47-48.

Согласно первому подходу для индустриального общества характерно правовое государство, для постиндустриального общества - внеправовое социальное государство¹. Противники данного подхода утверждают, что, становясь социальным, государство не теряет своего правового характера, а правопорядок, являющийся основой правового государства, является также основой социального². На наш взгляд, данный подход не учитывает общие признаки социального и правового государства и принижает роль права в социальном государстве.

Сторонники второго подхода приводят следующие аргументы, подтверждающие противоречие правового и социального государства:

1) правовое начало означает неприкосновенность и неотчуждаемость прав человека, а социальное начало – возможность и необходимость такого ограничения³;

2) правовое государство исходит из приоритета прав индивида, социальное - из примата прав коллектива, у первого на первом плане частное, а у второго - публичное право⁴;

3) краеугольный камень правового государства - свобода, социальное равенство⁵;

4) «в первом случае мы имеем правовое государство – «ночного сторожа», во втором - социальное государство как автора и исполнителя широких социальных программ в интересах подавляющего большинства населения»⁶;

5) государство активно вмешивается в процесс воспроизводства материальных благ⁷;

6) в основе первого лежат права первого поколения (политические, гражданские), в основе второго - социально-экономические «права», являющиеся не правами, а льготами, привилегиями или актами благотворительности⁸;

7) идеология социального государства требует особых институтов, основанных на насильственном ограничении прав собственности и личных прав одних граждан в пользу других. При этом перечень оснований для такой агрессии изначально и принципиально не ограничен. Социальные права не совместимы с правом собственности⁹;

¹ См.: Проблеммы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 637.

² См.: Гафуров З. Ш. Социально-правовое государство и право человека на достойное существование // Государство и право. 2008. № 5. С. 15.

³ См.: Гафуров З. Ш. Социально-правовое государство и право человека на достойное существование // Государство и право. 2008. № 5. С. 12.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Там же.

⁷ См.: Люблинский В. В. Социальная политика в странах запада – пример для России? // Власть. 2008. № 11. С. 31.

⁸ См.: Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С.13; Нерсесянц В. С. Философия права. М.: Норма, 2004. С. 345.

⁹ См.: Кузнецов Ю. Роковой выбор // Отечественные записки. 2003. № 3. С. 47.

8) способ реализации правового государства - это ограничение государственной власти и контроль над нею. Способ реализации социального государства – активное вмешательство в экономическую и социальную жизнь общества через перераспределение, стандартизацию и контроль. Первое обеспечивает свободу, второе - социальные блага¹;

9) правовое государство выражает интересы господствующего класса собственников, а социальное государство - общие интересы общества².

Сторонники третьего подхода, отмечают, что правовая и социальная составляющие государства находятся в диалектическом единстве.

На наш взгляд, при рассмотрении права как естественно-позитивного, ряд указанных выше противоречий правовым и социальным началам государства будет снят. Рассмотрим аргумент о классовости правового государства и внеклассовости социального, что, по мнению ряда ученых, говорит о противоречии между данными чертами государства.

Следует не согласиться с утверждением, что правовое государство выражает интересы господствующего класса собственников, а социальное – совпадающие интересы всех членов общества. «Право по своему содержанию есть мера свободы и справедливости, а также условие равенства и справедливого неравенства. Право по своей сущности – это возведенная в закон воля большинства людей, провозглашающая свободу человека и гражданина как высшую ценность»³.

Право, безусловно, может выражать интересы какого-либо класса, меньшинства людей, но только до тех пор, пока это не входит в противоречие с общей волей большинства членов общества. То есть право наряду с классовыми интересами выражает и общесоциальные ценности, значит, правовое государство, ввиду его связанности с правом – не может быть классовым, а стоит на страже частных и публичных интересов. На это же указывают приведенные выше определение и признаки правового государства.

Эти же аргументы опровергают тезис о том, что правовое государство выступает за свободу человека, а социальное - за равенство всех людей, правовое государство так же, как и социальное государство, выступает за равенство, свободу и справедливость, а не только за свободу.

Далее рассмотрим утверждение, что в основе правового государства лежат права первого поколения (прежде всего политические и гражданские), а в основе социального - социально-экономические права, которые правами не являются, а представляют собой льготы и привилегии.

¹ См.: Кочетков В. В., Кочеткова Л. Н. Социальное государство и мировой кризис: парадигма преодоления // Власть. 2009. № 3. С. 15.

² См.: Гафуров З. Ш. Социально-правовое государство: причины возникновения, объективные основы, противоречивая сущность // Государство и право. 2009. № 4. С. 8.

³ Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: введение в теорию.. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 94.

Возможность и необходимость закрепления социально-экономических прав Л. Гобхауз связывает с тем, что национальное богатство имеет под собой не только персональную, но и социальную основу, а экономическая справедливость должна воздавать должное каждому индивиду. Государство, обладая огромной частью этого богатства, по мнению ученого, обязано предоставить индивиду возможность распоряжаться его долей в нем¹.

На наш взгляд, социально-экономические права имеют правовую природу. Мы согласны с мнением З. Ш. Гофурова о том, что социально-экономические права являются разновидностью субъективных публичных прав². Понятие *субъективное личное право* было разработано Г. Елинеком, определившим его как субъективное притязание личности к государству, являющееся результатом состояний, в которых личность находится по отношению к государству³. Таким образом, социально-экономическим правам корреспондируют соответствующие обязанности государства, следовательно, данный вид прав обладает чертами эквивалентности и взаимности. В основе как правового, так и социального начал в равной мере находятся права первого, второго и третьего поколений.

Следующий тезис о том, что правовое государство исходит из приоритета прав индивида, а социальное - из примата прав коллектива, у первого на первом плане частное, а у второго - публичное право, также не является бесспорным. По нашему мнению, возможен синтез прав и свобод индивидов-собственников с общесоциальными интересами, на что указывали еще Кант и Гегель. Следовательно, если признать то, что правовое государство выражает только интересы собственников, а социальное - интересы общества в целом, то это не означает полного противоречия между правовым и социальным государством, а наоборот допускает их синтез.

Нужно отметить, что социальное государство также ограничено правом, как и правовое, права и свободы могут ограничиваться только правовым законом, в его основе также лежит правопорядок. Вмешательство социального государства в частную сферу и экономические отношения всегда ограничено правом, любое ограничение прав граждан допускается только в установленных правовым законом случаях.

В тех случаях, когда говорится о том, что правовое государство защищает частные интересы, а социальное - публичные и, соответственно, о приоритете в первом государстве частного, и во втором публичного

¹ См.: Гобхауз Л. Либерализм // О свободе. Антология мировой либеральной мысли / под ред. М. А. Абрамова. М.: Прогресс-Традиция, 1997 С. 145.

² См.: Гафуров З. Ш. Социально-правовое государство // Государство и право. 2008. № 5. С. 17.

³ См.: Елинек Г. Право современного государства. СПб.: Н. К. Мартынов, 1908. С. 305-308.

права, на наш взгляд речь идет не о правовом и социальном государстве, а о капиталистическом и социалистическом.

Думается, не правы те ученые, которые сводят правовое государство только к капиталистическому, а социальное, в свою очередь, к социалистическому, т. к. это не тождественные явления. Капиталистическое государство, по мнению Энтони де Ясаи, – это «государство, которое не вмешивается в контакты людей ради их блага, являющиеся государством без политики»¹. «Государство является капиталистическим, если ему не требуется оправдание права собственности и если оно не вмешивается ради собственного блага в контрактные отношения между людьми»². Можно сделать вывод, что в основе капиталистического государства лежат не правовые, а экономические отношения между индивидами. Социалистическое государство, в отличие от социального, выводит на первый план экономические отношения, его условиями являются обобществление средств производства, установление власти определенных классов, эти условия не характерны для социального государства, которое вообще не имеет классовой природы.

Оставшиеся из приведенных выше утверждений противников сосуществования в одном государстве социального и правового начал, могут быть рассмотрены в совокупности, так как в каждом из них говорится о вмешательстве государства в частную сферу и экономическую деятельность. Еще раз перечислим эти утверждения: государственная власть в правовом государстве ограничена правом и не вмешивается в хозяйственную деятельность частных лиц, оно обеспечивает неприкосновенность и неотчуждаемость прав человека. Социальное государство, напротив, основано на насильственном ограничении прав собственности и личных прав одних граждан в пользу других, оно активно вмешивается в экономическую и социальную жизнь общества, при этом перечень оснований для этого изначально и принципиально не ограничен.

Говоря о насильственном ограничении прав человека социальным государством, авторы приведенных высказываний не учитывают, что права человека превращаются в формальность для индивидуума, в силу обстоятельств не способного обеспечить свои основные потребности, например в пище, одежде, жилье. Государство, которое не обеспечивает эти потребности человека, не может являться правовым, подлинно правовое государство должно оказывать помощь таким людям. «Равные возможности для каждого члена общества становятся значимыми лишь в том случае, если государство нивелирует то неравенство, которое не зависит от личной активности и складывается вследствие действия

¹ Ясаи. Э. Государство М.: Ирисэн, 2008. С. 18.

² Там же. С. 38.

объективных факторов»¹. Все вышеперечисленное, а также закрепление в правовом государстве социально-экономических прав, означает, что правовое государство должно вмешиваться и на практике вмешивается в экономическую деятельность, перераспределяя материальные блага.

Следовательно, правовое и социальное государство будут активно влиять на экономическую деятельность и вмешиваться в социальную сферу, однако такое вмешательство не основано на произволе, а имеет правовой характер и ограничено правом. В данном случае нельзя вести речь об ограничении прав граждан, напротив, такая политика государства направлена на обеспечение естественных прав человека, данных ему природой. В конечном итоге от перераспределения получают преимущества все, так как адресатами социальной деятельности являются все члены общества.

Таким образом, наиболее правильным является третий подход к соотношению правового и социального начал государства, согласно которому возможно существование социально-правового государства.

На основании проведенного анализа можно провести сравнение социального и правового государства. Общим для рассматриваемых видов государств является человекоцентристское правопонимание: признание человека целью, его прав и свобод - высшей ценностью; оба начала будут стремиться к обеспечению прав и свобод человека и гражданина, к благу для общества; общим является и демократический характер правового и социального государства.

Особенным для социального государства является то, что: его деятельность направлена на обеспечение социально-экономических и культурных прав и свобод, в то время как правовое государство обеспечивает весь комплекс прав и свобод гражданина; задачами правового государства являются установление верховенства правового закона и др., задачами социального государства являются социальное обеспечение наименее защищенных граждан, социальное страхование граждан государства, предоставление всему населению необходимых социальных услуг и т. д.

Взаимовлияние правового и социального государств, проявляется в их взаимозависимости, невозможности существовать друг без друга. Не может государство быть правовым, если люди в нем не имеют необходимых социальных благ, также как не может государство быть социальным, если в нем царит произвол, попираются права и свободы человека.

Согласно приведенному выше подходу оба начала будут стремиться к обеспечению прав и свобод человека и гражданина, к благу для общества, к равенству (различны лишь способы достижения этих целей);

¹Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. И. Л. Морозулова. М.: Юрист, 2002. С. 72.

предполагают наличие демократии и гражданского общества. Можно заметить совпадение их признаков. Многие из того, что вменяется правовому государству в качестве отличия от социального государства, является общим с ним.

Применение теории естественно-позитивного права к проблеме соотношения социального и правового государств позволяет сделать вывод о возможности существования такого государства как социально-правовое. Правовое и социальное начала - это стороны государства, выражающие его сущность. Так же, как демократическое начало государства не противоречит правовому и социальному началам, они не противоречат друг другу, а сочетаются в конкретном государстве. Каждое из них указывает на конкретные функции государства, принципы его деятельности, его задачи, методы и цели.

ПРОБЛЕМЫ ПРАКТИЧЕСКОЙ РЕАЛИЗАЦИИ ВЗАИМНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ГОСУДАРСТВА И ЛИЧНОСТИ

Кравченко Евгений Андреевич,
студент 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В конце XX века в России началось коренное реформирование государства и права, что привело к кардинальным изменениям в характере взаимодействия двух основных субъектов общественных отношений: государства и граждан. В новой социальной действительности правовое государство было избрано в качестве цели, к которой необходимо стремиться.

Особое значение в системе принципов правового государства занимает взаимная ответственность государства и граждан. Реализация этого принципа гарантирует существование подлинно правового государства, дает возможность государству и гражданину предъявлять взаимные требования, позволяет применять меры принуждения по отношению к субъектам, нарушающим установленный порядок.

Организация правовой государственности в конкретной стране зависит от условий ее социального и культурного развития, а также от уровня осведомленности населения не только о действительном

положении в социально-экономической, культурной областях, но и о причинах, его предопределяющих. Национальная специфика, предполагает различные формы и методы социального строительства. Избранная конкретная форма такого строительства есть синтез всеобщего с национально-историческим, специфичным, что находит свое воплощение в учредительных актах большинства государств, таких, например, как конституция. Так, Б.С. Эбзеев отмечает: «Социальная ответственность общества «юридизируется» в лице государства в качестве ее носителя путем ее закрепления в Конституции¹.»

Таким образом, важным проявлением взаимной ответственности является ряд конституционных положений, в соответствии с которыми властные структуры государства обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы. В правовом государстве признается право каждого гражданина защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ст.ст. 33, 45 часть 2 Конституции Российской Федерации). Все это делает государство ответственным перед гражданином. В свою очередь гражданин несет ответственность за свои незаконные действия перед государством в лице его органов (ст. ст. 57, 58, 59 Конституции Российской Федерации).

Следовательно, в Конституции предусмотрены предпосылки к развитию института взаимной ответственности.

В юридической литературе достаточно широко разобрана проблема ответственности личности перед государством, но остается много пробелов во второй части проявления взаимной ответственности: ответственности государства перед личностью. Проблемы в этой сфере и являются основной стороной данного исследования.

Анализ действующего законодательства позволяет выделить ряд законов, в которых напрямую устанавливается принцип взаимной ответственности государства и личности. Это, например, ст. 5 ФЗ о безопасности (как принцип обеспечения безопасности)², ст. 4 ФЗ о государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства (как принцип осуществления государственной защиты)³, ст. 3 ФЗ о транспортной безопасности (как принцип обеспечения транспортной безопасности)⁴.

¹ Эбзеев, Б.С. Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М.: Норма, 2007. С. 175.

² О безопасности: Федеральный Закон от 05 марта 1992 г. № 2446-1 // СПС «КонсультантПлюс».

³ О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства: Федеральный Закон от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ О транспортной безопасности: Федеральный Закон от 09 февраля 2007г. № 16-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

Проблема ответственности государства проникает и в сферу правотворчества и правоприменения. Издание незаконного акта, ущемляющего права, свободы и интересы граждан и юридических лиц — это правонарушение, выражающееся в злоупотреблении правом издавать властные предписания, это превышение власти в сфере правотворчества или правоприменения. Юридическая ответственность в данном случае выражается в форме отмены незаконного акта, а при наличии оснований, и дисциплинарной ответственности.

Однако что касается правотворчества на самом высоком уровне (законотворчество), то здесь привлечь к ответственности государство практически невозможно. И это также является одной из важных проблем на сегодняшний день, хотя на уровне местного самоуправления все же предусмотрена возможность отзыва депутата представительного органа. Эта процедура проходит по правилам референдума и отражена в Федеральном законе об общих принципах организации местного самоуправления (ст. 24). Закрепление такого института на уровне МСУ может послужить предпосылкой развития его и на высших ступенях власти.

На основании Закона РФ об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права граждан, от 27 апреля 1993 г. каждый гражданин вправе обратиться с жалобой в суд, если считает, что неправомерными действиями или решениями государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений или должностных лиц нарушены его права и свободы или созданы препятствия к их осуществлению, или он незаконно привлечен к какой-либо ответственности. Право граждан обжаловать действия и решения государственных и иных органов отражено в ч. 2 ст. 46 Конституции: "Решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд"¹. Однако привлечь органы власти или должностных лиц таким способом практически невозможно, что также является проблемой.

Существует и обратная ситуация, когда государство снимает с себя ряд обязанностей, а, следовательно, и ответственность за их невыполнение.

Так, 27 июля 2010 года Государственной Думой был принят Федеральный закон № 228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации»², который начал свое действие с 01 ноября 2010 года.

¹ Богданова М.С. О понимании юридической ответственности в современных условиях // Юрист. 1997. № 7. С. 39.

² О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: Федеральный Закон от 27 июля 2010г. N 228-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

Изменения по своему содержанию в целом носят прогрессивный характер, направлены на использование электронного ресурса сети интернет в арбитражном судопроизводстве. В тоже время ряд изменений направлен и на ужесточение процессуальной дисциплины сторон в арбитражном процессе.

Теперь извещать лиц о ходе процесса суд будет обязан лишь единожды, после чего стороны самостоятельно должны получать информацию о движении дела, пользуясь любыми источниками такой информации и любыми средствами связи.

В соответствии с ч. 6 ст. 121 АПК РФ лица, участвующие в деле, несут риск наступления неблагоприятных последствий в результате непринятия мер по получению информации о движении дела, если суд располагает информацией о том, что указанные лица надлежащим образом извещены о начавшемся процессе.

Кроме того, статья 123 АПК РФ существенно изменилась в сторону упрощения процедуры извещения. Так, гражданин считается извещённым надлежащим образом, если судебное извещение вручено не ему, а совершеннолетнему лицу, проживающему совместно с этим гражданином, под расписку на подлежащем возврату в арбитражный суд уведомлении о вручении либо ином документе с указанием даты и времени вручения.

На практике такое извещение обернётся тем, что физические лица, участвующие в деле, порой будут не в курсе рассматриваемого в суде дела, то есть формально извещены, а фактически нет, что нельзя признать правильным. Подобное очень часто происходит в судах общей юрисдикции при вынесении заочных решений.

Прогрессивные изменения коснулись и органов внутренних дел РФ, в частности милиции, которую теперь переименовали в полицию.

Глава МВД России Рашид Нургалиев считает, что граждане уже стали замечать позитивные изменения в работе органов правопорядка¹.

"Думаю, перемены к лучшему граждане уже стали замечать", - сказал он в эфире радиостанции "Милицейская волна", пояснив, что речь идет о повышении открытости и публичности работы, беспристрастности, строгом соблюдении закона.

Говоря о проводимой масштабной реформе МВД России, министр отметил: «Если подводить промежуточный итог, то удалось создать необходимую нормативно-правовую базу, изменить подходы к оценке результатов деятельности. Главный критерий - учет мнения населения, который обязательно будет делаться на основе социологических исследований».

¹ Российская газета. 2011. № 72 (5448). 6 апреля. С. 12.

Данные нововведения стали возможными после принятия нового ФЗ «О полиции», в котором, в частности в статье 9, был отражен ряд новшеств:

1. Полиция при осуществлении своей деятельности стремится обеспечивать общественное доверие к себе и поддержку граждан.

2. В случае нарушения сотрудником полиции прав и свобод граждан или прав организаций полиция обязана в пределах своих полномочий принять меры по восстановлению нарушенных прав и свобод. В порядке, определяемом федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел, полиция приносит извинения гражданину, права и свободы которого были нарушены сотрудником полиции, по месту нахождения (жительства), работы или учебы гражданина в соответствии с его пожеланиями.

3. Общественное мнение является одним из основных критериев официальной оценки деятельности полиции, определяемых федеральным органом исполнительной власти в сфере внутренних дел.

4. И другое¹.

Взаимная ответственность находит свое воплощение не только непосредственно для органов государства, но и для негосударственных образований, наделенных властными полномочиями.

Так, в концепции проекта федерального закона "О нотариате и нотариальной деятельности в российской федерации" отмечается, что одной из целей законопроекта является определение оснований и видов ответственности нотариусов и нотариальных палат, усиление контроля за их деятельностью, в том числе со стороны органов государственной власти, закрепление публично-правового статуса нотариальных палат².

Немаловажные нововведения коснулись и вопросов рассмотрения споров о нарушении прав граждан со стороны органов власти в арбитражных судах.

Так, Высший арбитражный суд подготовил особые рекомендации, как рассматривать дела, когда чиновники причинили кому-то вред.

Общее у всех дел в данном обзоре одно: государство обязано компенсировать убытки, причиненные кому-то незаконными действиями людьми на должностях.

Однако на практике нередко возникают споры, как правильно толковать ту или иную норму в конкретном деле. Высший арбитражный суд решил прояснить специально тонкости подобных дел.

Например, кто должен доказывать, что государственные органы или муниципальные власти не правы? Есть два варианта ответа: либо истец, считающий, что должностные лица безосновательно ввергли его в убытки.

¹ О полиции: Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

² Концепция проекта Федерального закона «О нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации» // Нотариус. 2010. № 1.

Либо самим властям придется доказывать законность своих действий в суде. Пока в проекте документа заложено два совершенно разных ответа на этот вопрос. Окончательное слово должен сказать Президиум.

Но по некоторым пунктам разногласий в проекте нет. Допустим, если убытки причинили региональные подразделения федерального ведомства, жалобу должен принять местный суд - не надо ехать за защитой в Москву. Ответчиком все равно будет казна, и если государство виновато, оно компенсирует ущерб.

Требовать возмещения можно и в том случае, если чиновник проявил нерасторопность или вообще бездействовал. В проекте проанализированы два дела, когда из-за нерасторопности приставов должники успели скрыться с деньгами.

В одном деле с должника требовалось взыскать миллион. Все шло к положительному финалу для взыскателя. У должника было ценное имущество, и оно находилось под арестом. Но судебный пристав неожиданно снял арест с ценного имущества должника и вместо этого обратил взыскание на векселя. Но дело в том, что стоимость бумаг была явно завышена, в действительности они ничего не стоили. А пока это выяснилось, имущество было реализовано. Его продали, деньги исчезли. В конечном итоге взыскатель обратился с иском к службе судебных приставов и арбитражный суд его требования удовлетворил.

По мнению экспертов, данные арбитражные процессы дисциплинируют государственных служащих, что является немаловажным фактором в вопросах утверждения института взаимной ответственности¹.

Несмотря на явный сдвиг в положительную сторону в вопросах взаимной ответственности, остается большое количество нерешенных проблем, прежде всего связанных с созданием механизмов реализации института взаимной ответственности.

В завершение необходимо отметить, что анализ отечественного законодательства позволяет выделить в системе российского права межотраслевой институт ответственности государства перед гражданином, а также проявление принципа взаимной ответственности во всех отраслях отечественного права. В данный институт входят нормы международного права, ряд норм Конституции РФ, возлагающих обязанности на государство по отношению к гражданину, его правам и свободам, гарантирующих их, а также нормы всех других отраслей права, предусматривающие ответственность государства и его представителей перед гражданином (конституционного, административного, уголовного, гражданского и др.).

¹ Российская газета. 2011. № 19 (5395). 1 февраля. С. 9.

НЕТИПИЧНЫЕ ПРАВОВЫЕ АКТЫ

Кривохижина Алёна Андреевна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петров Александр Александрович,
к.ю.н., доцент кафедры теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В рамках данной статьи будут рассмотрены два проблемных момента, связанных с нетипичными актами: во-первых, понятие нетипичных актов, во-вторых классификация нетипичных актов, вернее отсутствие её как общепризнанной.

Тема, касающаяся нетипичных правовых актов, в юридической литературе не получила широкого освещения. Вопросы, связанные с нетипичными актами, лишь обозначены, а сама специфика таких актов, их место в механизме правового регулирования не изучены.

В некоторых источниках можно встретить деление правовых актов на типичные и нетипичные¹. **К нетипичным актам принято относить те акты, которые не укладываются в рамки юридических актов, но содержат нормативный элемент.** Число таких актов постоянно растет, т.к. регулировать приходится постоянно развивающиеся отношения, которые в силу своей специфики не могут быть урегулированы «типичными» нормами права. Из этого следует, что проблема, связанная с классификацией нетипичных актов, достаточно актуальна. Необходимо четкое упорядочивание данной системы, в противном случае это может привести к путанице в правоприменении и, в конечном счете, к деструктуризации массива правовых актов.

Чтобы выделить в правовой системе такой отдельный вид актов, как нетипичные, следует обратиться к их **специфическим признакам:**

Во-первых, в нетипичных правовых актах, можно встретить переплетение как различных видовых предписаний в одном правовом акте (например, акт, в котором устанавливается статус какого-либо государственного органа и одновременно назначается на должность его

¹ Виды норм права [электронный ресурс]: режим доступа // [http:// www.pravo-web.com/?p=625#more-625](http://www.pravo-web.com/?p=625#more-625) / 13.03.2011

Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. 304 с.
Красинский В.В. О правовой природе актов избирательных комиссий в Российской Федерации // Современное право. 2009. № 11. С. 22-26.

руководитель), так и взаимодействие различных элементов внутри правового акта данного вида (Жилищный кодекс РФ¹).

Во-вторых, для многих нетипичных правовых актов характерны нетрадиционные логические, грамматические и иные способы изложения правового материала, отсутствие четкой структуры.

В-третьих, в нетипичном правовом акте могут закрепляться результаты различных видов юридически значимых действий (правотворчества, правоприменения, толкования).

В-четвертых, нетипичные правовые акты более полно и точно, по сравнению с обычными, традиционными актами выражают волю субъектов права.²

Следовательно, значение нетипичных актов нельзя преуменьшить. Они, наряду с типичными актами, непосредственно регулируют правовые отношения.

Таким образом, нетипичные акты можно определить как акты наиболее полно выражающие волю субъектов, направленную на возникновение, изменение или прекращение правовых отношений, сочетающие в себе различные видовые предписания либо взаимодействие различных отраслевых элементов.

Неизученным остаётся так же вопрос о видах нетипичных актов. На эту тему есть различные точки зрения. В большинстве источников, наряду с нормативными и индивидуальными актами, выделяются смешанные или комплексные, под которыми и подразумеваются нетипичные акты.³ Иногда в доктрине их называют специализированными.⁴ Но на какие виды делятся непосредственно сами нетипичные акты? Ответ на этот вопрос в литературе не представлен.

На наш взгляд, целесообразнее делить нетипичные акты на смешанные и комплексные.

Смешанные акты представляют собой переплетение предписаний различной правовой природы в одном правовом акте. Они достаточно разнообразны, при этом выделяются нормативно-правовые акты с элементами толкования, правореализации или правоприменения, смешанные правовые акты с интерпретационными и правоприменительными элементами, а также смешанные договоры. Смешанные акты, как правило, содержат в себе нормативный и правоприменительный элемент, индивидуально-определенные

¹ Жилищный кодекс Российской Федерации: ФЗ РФ от 29.12.2004 № 188-ФЗ [с послед. изм.] // СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 14.

² Ижокин Р. А. Нетипичные правовые акты в регулировании личных отношений: дис... канд. юрид. наук. Владимир, 2008. С. 57-102.

³ Исаков Н. В., Малько А. В., Шопина О. В. Правовые акты: общетеоретический аспект исследования // Правоведение. 2002. № 3. С. 16 – 28.

⁴ Скакун О.Ф. Теория государства и права: учебник. Харьков: Консум; Ун-т внутр. Дел, 2000. С. 304.

предписания. На языке практиков это звучит так: *«Зачем создавать несколько актов? Мы создадим один, и он будет действовать»*.

Комплексный акт – это такой вид нетипичных актов, который содержит в себе нормы различных отраслей права. Комплексный акт существует как взаимодействие различных элементов внутри правового акта данного вида. В комплексных правовых актах сочетание элементов не выходит за рамки правового акта данного вида, т. е. взаимодействие различных отраслевых норм происходит внутри нормативно-правового, интерпретационного, правоприменительного или правореализующего акта.¹

Исходя из вышесказанного, в системе правовых актов следует выделять нормативные, индивидуальные, интерпретационные и нетипичные акты. **А уже в составе нетипичных - смешанные и комплексные акты.**

Нетипичные акты играют немаловажную роль в правовой системе, особенно на стадии реализации норм. Они существуют как вспомогательные нормы, придают завершенность и полноту праву, являются дополнительными нормами и базируются на основе «исходных», «первичных» норм.

В рамках современных условий возникновения большого количества новых общественных отношений возникает потребность создания новых, нетипичных актов. Следовательно, обозначенные в статье проблемы довольно серьезны для правоприменительной деятельности и требуют глубокого детального исследования.

¹ Ижокин Р. А. Указ. Соч. С. 57-102.

ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ МЕСТНОЙ ЮСТИЦИИ И МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В РОССИИ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ

Лапердина Ирина Сергеевна,
студентка 1 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Деревскова Валентина Михайловна,
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Довольно часто в литературе местное управление отождествляют с самоуправлением. Однако стоит разграничить эти понятия. Под самоуправлением понимается функционирование какой-либо организации, предполагающее наличие трех условий:

- 1) принятие членами данной организации норм и решений, касающихся ее жизнедеятельности;
- 2) совместное ведение этими индивидами общих для них дел;
- 3) отсутствие в организации разрыва между субъектом и объектом управления.

Российское дореволюционное земство в большей степени соответствовало понятию самоуправления с 1864 по 1890 г.г.

Вопрос об организации деятельности местного самоуправления рассматривался долго. Таким образом, после контрреформ общественному самоуправлению был придан государственно-публичный характер, земства фактически стали низшим звеном системы административно-хозяйственных учреждений при Министерстве внутренних дел. Поэтому уже в целях рационального перераспределения властных полномочий основные связи мировых судов и земств были сохранены, что и закреплено впоследствии Законом «О преобразовании суда в сельских местностях» от 15 июня 1912 г.

Органы земского самоуправления становились связующим звеном между обществом и правительственным аппаратом. Реформаторы попытались разделить государственную власть и ответственность на местном уровне с представителями земских обществ. Представители различных сословий, в том числе и крестьяне, получившие по реформе 1861 г. личную свободу, через органы земского самоуправления (губернские и уездные собрания и управы) были допущены к решению экономических и социальных вопросов местного значения. Снабжение

продовольствием, здравоохранение, просвещение, попечительство, благоустройство населенных пунктов — все эти проблемы, составляющие обыденную, каждодневную жизнь человека, а значит, и обеспечивающие реализацию его прав и свобод, вполне могут быть разрешены через механизм местного самоуправления. Решение этих проблем не обязательно поднимать на уровень высших государственных органов. В сложные, переходные для общества периоды, каким и была эпоха реформ, проводимых правительством Александра II, значительно возрастает роль органов местного самоуправления. Правительственный аппарат как бы перекладывает на них часть своих полномочий.

Земское законодательство обозначило лишь общие направления сферы деятельности органов местного самоуправления. Во многом благодаря этому земство получило возможность саморазвития.

Вся деятельность органов местного самоуправления сводилась к попыткам разрушить средневековое сознание крестьянства, воспитать цивилизованного хозяина.

Само существование земств, их структура, принципы организации и деятельности не только ломали сословные перегородки в обществе, но и способствовали появлению тех общественных сил, которые пытались реализовать на практике те права человека, которые уже были признаны в мировом сообществе.

Что же касается мировой юстиции, то в результате судебной реформы самостоятельным звеном судебной системы стал выборный мировой суд земских губерний. Мировая юстиция, созданная для рассмотрения малозначительных уголовных и гражданских дел, должна была демонстрировать демократизацию суда и обеспечить возможность участия населения в правосудии.

Еще одним выборным местным судом, учрежденный в результате проведения крестьянской реформы 1861 года, был волостной суд. В общем положении о крестьянах волостным судам предписывалось разрешать споры и тяжбы между крестьянами. Сами судьи тоже были из крестьян - мужчины не моложе 35 лет¹, никогда не привлекавшиеся к уголовной ответственности. Таким образом складывается принцип: «Всё для народа, из народа». Учитывая это, Д.Бурбанк в своей статье, рассматривая устройства и деятельность волостных судов имперской России, говорит о том, что «Волостные суды – это вершина судебной реформы. Высшее, чего добились власти на пути к демократизации. Волостные суды – это суды из народа и для народа»².

¹ Российское законодательство X—XX веков. Т. 7: Документы крестьянской реформы / отв. ред. О. И. Чистяков. М., 1989.

² Бурбанк Д. Правовая реформа и правовая культура :непризнанный успех волостных судов в имперской России // Правоведение. 2003. № 2 (247). С. 188-196.

Согласно законодательству 1860—1870-х годов о местном самоуправлении деятельность мировой юстиции — сфера не публично-политическая, а исключительно частная, ибо преследует не государственный, а частный интерес (т. е. хозяйственные и общественные дела). Анализируя реформы 1864 года, можно сказать, что мировые суды выступали не просто как орган правосудия, а как некий институт, несущий идеологическую функцию. Из этого следует необходимость взаимодействия мировых судов с земствами как с единственными учреждениями, реально воплощавшими сословное единство и представлявшими интересы всего населения.

На протяжении всей своей истории — с 1864 по 1917 г.г. — мировая юстиция России функционировала в рамках системы взаимоотношений с органами местного управления (земского и городского). Эти взаимоотношения менялись по мере того, как менялось представление о сущности данных государственных институтов, находившее свое отражение в праве.

Общими принципами, на которых строилась деятельность органов земского самоуправления и новых судебных установлений, были: законность, которая противопоставлялась всевластию бюрократии; выборность (в судебной реформе она проявлялась в порядке формирования органов местной юстиции и общественного элемента в суде); гласность как форма контроля общества за деятельностью земств и юстиции; независимость от администрации. Положение о земских учреждениях 1864 г. фиксировало: «Земские учреждения, в кругу вверенных им дел, действуют самостоятельно». В органах местного самоуправления участвовали представители разных сословий, судьи при рассмотрении дел должны были исходить из начала равенства всех перед судом. Что касается судебной реформы, то ни одно должностное лицо, включая царя, не могло вмешиваться в решение судом уголовных и гражданских дел.

Во взаимоотношениях мировой юстиции и местного самоуправления выделяется несколько аспектов: организационный, финансовый (материально-технический) и контрольный.

Организационный аспект взаимодействия земских учреждений и мировой юстиции выражался, во-первых, в том, что земства достаточно активно участвовали во введении института мировых судей. Во всех уездах губернии созывались чрезвычайные земские собрания, определявшие деление судебно-мирового округа на участки, вносявшие предложения о месте заседания съезда мировых судей, об определении содержания мирового судьи, его секретаря, судебных приставов при съезде, и иных лиц, обеспечивающих деятельность суда и съезда. Для введения мировых судебных учреждений в помощь земствам создавались особые уездные присутствия, выявлявшие и составлявшие списки лиц, имеющих право быть избранными в мировые судьи, представлявшие

предложения по организации деятельности съезда и судей. Деятельность данных учреждений носила временный характер, в остальное время решению организационных вопросов способствовали земские учреждения. Так, например, в северо-восточных уездах именно уездные земские собрания неоднократно ходатайствовали о введении в регионе мировой юстиции.

Земства также способствовали организации содержания осужденных по приговорам мировых судей: изыскивали помещения, обеспечивали их содержание, охрану и т. п.

Уездные земские собрания выполняли важную функцию избрания корпуса мировых судей. Некоторые исследователи полагают, что, возложив данную обязанность на земства, правительство избавило себя от необходимости отыскивать кадры на местах, а также от достаточно обширной организационной работы по проверке «благонадежности» кандидата, выяснению его имущественного и иного положения, назначению. Официально же введение выборности объяснялось тем, что мировой судья как посредник, хранитель мира должен обладать доверием местного населения. Разумеется, земства не были абсолютно свободны в формировании корпуса мировых судей: списки кандидатов на должность утверждались губернатором, избранные земскими собраниями и городскими думами судьи утверждались Правительствующим Сенатом.

Финансовый и материально-технический аспекты взаимодействия земств и мировой юстиции заключались в том, что с момента ее введения мировые суды состояли на содержании у земств. Из уездных и городских бюджетов выделялись средства на содержание мирового судьи, канцелярские расходы, разъезды и т.п.

Помимо денежного содержания земства содействовали в найме служебного и жилого помещений для мирового судьи.

С началом контрреформ мировые суды начали постепенно переводиться на казенное финансирование. Связано это было с общей тенденцией бюрократизации мировой юстиции, с укреплением финансового состояния страны, а также со стремлением устранить финансовую зависимость мировых судей от земств.

Ещё один аспект во взаимодействии местной юстиции и местного самоуправления – контрольный¹.

Контроль российских земств был очень слабый в силу своего негосударственного статуса, ибо органы местного самоуправления не обладали соответствующими инструментами контроля.

В основном земства осуществляли финансовый контроль: представители земских учреждений участвовали в ревизиях денежных

¹ Лонская С. В. Мировая юстиция и местное управление в дореволюционной России: аспекты взаимопонимания // Правоведение. 2003. № 4. С. 191-197.

расходов мировых судов, что вполне логично, поскольку финансирование мировой юстиции осуществлялось из земских средств.

Укрепление основ местного самоуправления и создание сильной судебной власти являются одними из важнейших направлений нынешнего реформирования отечественной политической системы.

Для современного состояния местного самоуправления в России характерен недостаток финансирования. Однако эта проблема характерна также и для местного самоуправления в 19-20 веках. Проявляется это в первую очередь в том, что местное самоуправление подразумевает решение вопросов местного характера на базе преимущественно, собственных ресурсов. Но собственные ресурсы — это прежде всего собственные доходы.

В подавляющем большинстве современных сельских администраций их доля колеблется в пределах 5-7%, то есть ничтожна. Мониторинг, проведенный в 2006 году Минфином РФ, показал, что уровнем самостоятельности, соответствующим общемировым стандартам, в России обладают лишь 2% муниципальных образований. В стране идёт постоянное давление на города¹.

В Российской Федерации на конституционном уровне был закреплён сам институт местного самоуправления, основополагающие начала его организации и деятельности, определены место и роль местного самоуправления в российском обществе и его государственно-правовой структуре. В их числе: признание и гарантированность местного самоуправления, его определение как одной из форм народовластия, обособленность органов местного самоуправления от системы органов государственной власти, самостоятельность местного самоуправления в пределах своих полномочий, обязательный учет исторических и иных местных традиций, государственные гарантии и судебная защита местного самоуправления, самостоятельность населения при определении структуры его органов и ряд других конституционных принципов местного самоуправления.

Однако нерешенной остается главная проблема — развитие местного самоуправления. Сложность её решения заключается в том, что это предполагает перераспределение власти и ресурсов в пользу низового звена системы управления — органов власти в поселениях. Но ведущие чиновники, прежде всего федеральные, желая сохранить монополию на власть и ресурсы, тормозят развитие местного самоуправления. Тем самым в России сама власть стала главным препятствием на пути развития территорий и страны.

Что же касается выборности местного самоуправления, Россия сделала большой шаг вперед. В соответствии с ФЗ «Об общих принципах

¹ http://www.adukov.ru/articles/sovershenstvovanie_msu.

организации местного самоуправления в РФ» граждане Российской Федерации осуществляют местное самоуправление посредством участия в местных референдумах, муниципальных выборах, посредством иных форм прямого волеизъявления, а также через выборные и иные органы местного самоуправления¹.

Современное гражданское общество России своими корнями уходит глубоко в историю. Изменения в управлении в XIX - XX веке оставили свой отпечаток на положении местной юстиции в современное время.

Так, в современной России в соответствии с Концепцией судебной реформы 1991 г. должна была быть введена выборная мировая юстиция. ФЗ «О мировых судьях Российской Федерации» от 17 декабря 1998 г. № 188 – ФЗ предусматривал возможность как назначения судьи на должность представительным органом власти, так и избранием мировых судей населением судебного участка. Однако ни в одном субъекте не принят закон, предусматривавший демократическую процедуру избрания мировых судей. Из опыта прошлого реформирования судебной системы видно, что отсутствие выборного начала не будет способствовать авторитету судебной власти и доверию к ней со стороны населения. Что является наиболее важным.

В современном законодательстве закреплено, что мировые суды входят в состав судов общей юрисдикции. В связи с этим их взаимодействие с органами местного самоуправления, как это было в 19 веке, отсутствует.

Мировые судьи назначаются на должность законодательным органом государственной власти субъекта Российской Федерации либо избираются на должность населением соответствующего судебного участка в порядке, установленном законом субъекта Российской Федерации.

Материально-техническое обеспечение деятельности мировых судей осуществляют органы исполнительной власти соответствующего субъекта, а также финансирование мировых судей происходит за счёт федерального бюджета.

Зависимость мировых судов от местного самоуправления отсутствует, мировые судьи сейчас независимы в своей деятельности, однако это не всегда гарантирует объективность их решений.

В современном законодательстве сокращены и ограничены полномочия местного самоуправления. В законе строго прописаны права, обязанности и полномочия органов местного самоуправления, что непосредственно исключает их вмешательство в другие сферы

¹ Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации: Федеральный закон от 06 октября 2003 г. № 131-ФЗ: [принят ГД ФС РФ 16 сентября 2003г.] [ред. от 05.04.2010] // СПС «Консультант Плюс».

общественной жизни. В 19 веке именно за счёт земств на местах и в стране в целом, развивались такие отрасли общественной жизни, как культурно-просветительская деятельность, общественная медицина. Вся деятельность органов местного самоуправления сводилась к попыткам разрушить средневековое сознание крестьянства, воспитать цивилизованного хозяина. Земские служащие рассматривали свою деятельность как общественное служение, что полностью оправдывает признак демократии: «всё для народа». Сейчас в этом отношении местное самоуправление занимает пассивную позицию. Доверие со стороны населения к этим органам, по сравнению с прошлым опытом, значительно уменьшилось.

О СВЯЗАННОСТИ ГОСУДАРСТВА СОЗДАВАЕМЫМ ИМ ПРАВОМ

Лукина Юлия Сергеевна,
аспирантка кафедры истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Впервые феномен связанности государства правом был сформулирован Р. Иерингом, а в дальнейшем был развит Г. Еллинеком. Однако некоторые более ранние авторы полагали, что государство не может быть связано создаваемым им правом.

При таком понимании для суверенной власти не существует каких-либо юридических пределов ее свободы. Например, по утверждению Ж. Бодена, суверен не связан ни нормами права своих предшественников, ни юридическими правилами, которые конституированы им самим¹.

Английский король XVII века Яков I заявлял, что отрицание неограниченности власти монарха привело бы к анархии. И это делает абсолютизм, по его мнению, единственно разумной формой правления².

Т. Гоббс подчеркивал, что свобода суверена носит надзаконный характер³. Р. Филмер также понимал суверенитет как неограниченную

¹ Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. М., 2003. С. 69.

См. также: Марченко М.Н., Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2010. С. 72.

Шайо А. Самоограничение власти.: краткий курс конституционализма. М., 2001. С. 57.

² Нерсесянц В.С. История политических и правовых учений. М., 1989. С. 34.

³ Нерсесянц В.С. Право и закон. М., 1983. С. 230-231.

власть в рассматриваемом отношении¹. И Ф. Бэкон полагал, что «верховная и абсолютная власть не может сама себя ограничить»².

Такое убеждение разделял и Б. Спиноза. Как он писал, верховная власть не связывается никаким законом, но все должны ей повиноваться³. По его словам, все «обязаны безусловно исполнять все приказания верховной власти, хотя бы она повелевала исполнять величайшую нелепость». При этом «верховным властям принадлежит это право – приказывать все, что они хотят, только до тех пор, пока они действительно имеют верховную власть»⁴.

Как отмечал В.С. Нерсесянц, в России Петр I оформил неограниченность власти монарха. Этот суверен считал, что царь «никому на свете о своих делах ответа дать не должен, но и силу и власть имеет своими государствами и землями, яко христианский государь, по своей воле и благонамерению управлять»⁵.

Позже в Англии И. Бентам заключал, что суверен свободен от правовых ограничений. Он не связан законами, изданными как им самим, так и его предшественниками⁶.

Аналогична теоретическая позиция Г. Шершеневича. По его мнению, государственной власти не могут быть установлены никакие границы ее деятельности⁷.

Примерно в это же время Б.Н. Чичерин отмечал, что в государстве верховная власть неограниченна. Это полномочие существует при всяком образе правления, ибо неразлучно с самим «существом государства как верховного союза»⁸.

Как полагал Д. Остин, суверен не был бы таковым, если бы был связан предыдущей нормой права, изданной им самим, или же нормой права, изданной тем сувереном, преемником суверенных полномочий которого он является⁹. По его мнению, «каждое верховное правительство свободно от правовых ограничений <...> иначе говоря верховное правительство всегда является юридически деспотическим»¹⁰.

Г. Харт также писал, что есть мнение, согласно которому существует доктрина суверенитета, подразумевающая привычку повиновения большинства подданных. Данная позиция предполагает, что сам суверен по привычке никому не подчиняется. Он создает право для подданных, сам

¹ Нерсесянц В.С. История политических и правовых учений. М., 1989. С. 38.

² Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 358.

³ Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. М., 2003. С. 74.

См. также: Антология мировой правовой мысли. Т. 3 / под ред. О.А. Жидкова. М., 1999. С. 73.

⁴ См.: Спиноза Б. Избранные произведения Т. 2. М., 1957. С. 208.

⁵ Нерсесянц В.С. История политических и правовых учений. М., 1989. С. 304.

⁶ Марченко М.Н., Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2010. С. 265.

⁷ Марченко М.Н., Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2010. С. 347.

⁸ Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. М., 2003. С. 244.

⁹ Austin John. Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law. London, 1869. P. 270-273.

¹⁰ Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явление социальной эволюции. Красноярск, 1995. С. 91, 125.

находясь за пределами права. При этом суверен не ограничен по определению, хотя теория и утверждает, что правовое ограничение может возникнуть, если законодатель будет выполнять приказы другого законодателя, которому он подчиняется по привычке. Однако в этом случае он перестанет быть сувереном. Если он является сувереном, то не должен подчиняться другому законодателю, а значит, его законодательная власть не ограничена законными средствами¹.

С.С. Митин полагает, что у государственной власти отсутствуют юридические ограничения. Это он обосновывает тем, что в каждый момент существования государства невозможно представить, какие задачи будут стоять перед ним в будущем².

Согласно приведенной точке зрения, государственная власть устанавливает право для общего руководства. Каждый в отдельности должен подчиняться этим правилам. Они обязательны для всех лиц, входящих в состав государства. Для самой же государственной власти право юридически необязательно³. Здесь можно говорить только об обязанности нравственной⁴.

В юридической литературе также указывается, что, например, социоцентристская правовая культура характеризуется тем, что для органов государственной власти не свойственны какие-либо ограничения. Это такой государственно-«правовой» режим, где государственным органам и их представителям дозволено все, где поэтому господствует государственная вседозволенность. Это власть без пределов, то есть беспредел, возведенный в ранг государственной политики (в крайне деспотических, тиранических и тоталитарных режимах)⁵. В частности, заявляет А.П. Семитко, государственная власть в тоталитарном варианте осуществляет всеобщий, не имеющий практически никаких границ контроль⁶.

Вместе с тем автор излагаемой концепции А.П. Семитко выделяет и противоположную правовую культуру – персоноцентристскую. В последней государственная власть устанавливает для себя правовые ограничения. В результате этого обеспечивается режим господства права.

Отсюда ясно, что теоретическая позиция А.П. Семитко предполагает два варианта действия государственной власти, которая либо устанавливает для себя правовые ограничения, либо нет. Однако это означает, что

¹ Харт Г.Л.А. Понятие права. СПб., 2007. С. 72.

² Митин С.С. Государственная власть: понятие и закономерности организации: дис. ...канд. юрид. наук. Красноярск, 2004. С. 42.

³ Митин С.С. Государственная власть: понятие и закономерности организации: дис. ...канд. юрид. наук. Красноярск, 2004. С. 43.

⁴ См.: Ивановский В.В. Учебник государственного права. Казань, 1913. С. 76.

⁵ Права человека: энциклопедический словарь / под общ. ред. С.С. Алексеева. М., 2009. С. 37.

⁶ Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 168.

объективно государственной власти не свойственны юридические ограничения. Ведь она сохраняет свое существование, обходясь без них.

Впрочем, такая позиция свойственна и ряду других теоретиков права. Так, например, А.В. Малько утверждал, что государство само себя никогда не ограничит, ограничить власть может только другая власть. То есть власть государства можно ограничить, прежде всего, правами человека и гражданина, которые выступают своеобразным проявлением власти личности, волей гражданского общества¹.

Невозможно, однако, согласиться с перечисленными позициями авторов, настаивающих на том, что в независимом политическом обществе суверен не может быть никоим образом связан создаваемым им правом. Такая связанность существует объективно, причем она характерна не только для любого независимого политического общества. Ее наличие вытекает из существа нормативного регулирования во всякой социальной организации, видом которой является независимое политическое общество, в том числе и государство.

В самом деле, любая социальная организация есть совместная деятельность ряда людей, преследующих определенную общую цель. Для этого в организации устанавливаются социальные нормы и органы управления, их формулирующие.

Принцип здесь прост. Если человек вне социальной организации нарушает закономерности своей деятельности, то есть свои личные правила, то в результате этого отрицательные последствия несет лишь он сам. В социальной же организации имеет место другая ситуация. Здесь нарушение ее правил, то есть закономерностей данной совместной деятельности, наносит вред всем ее членам. Следовательно, социальная организация вынуждена устанавливать органы управления, от ее имени формулирующие правила и проводящие их в жизнь, в том числе принудительно, налагая взыскания на нарушителей.

При этом установление отдельных социальных норм во всякой социальной организации означает следующее. Это правило вводится как обязательное для всех участников организации, включая орган управления, указанную норму формулирующий. В противном случае социальная организация просто не состоялась бы. Ведь цель, ради которой она создается, не была бы достигнута.

Обязательность социальной нормы для органа управления организации означает, что рассматриваемая норма связывает его с остальными членами вполне определенным образом. Субъективные права и обязанности, из которых состоит социальная норма, действуют для всех ее адресатов, в том числе и для органа управления. Иными словами, последний не только имеет права, установленные анализируемой нормой,

¹ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. М., 2003. С. 233.

но и подчинен обязанностям, которые она включает. Притом без реализации указанных прав и обязанностей органом управления социальная организация рассыпется, по крайней мере, не с меньшей вероятностью, чем в другой ситуации. Речь идет о том, что свои права и обязанности, согласно рассматриваемой норме, не осуществляют иные члены организации.

Сказанное позволяет понять, что орган управления всякой социальной организации объективно связан ее социальными нормами независимо от своего желания. Таково обязательное условие нормального функционирования любой социальной организации.

Разумеется, описанная закономерность свойственна и для всякого независимого политического общества, в том числе государства. Как известно, независимое политическое общество – вид социальной организации. Поэтому на него распространяются ее обязательные условия функционирования.

Отсюда ясно, что во всяком государстве любой его орган связан действующими здесь юридическими нормами. Это обязательная закономерность функционирования государства как специфической организации. Без упомянутой связанности государство просто погибнет.

По существу, описанная закономерность предполагается в сочинении Р. Иеринга «Цель в праве» и в работе Г. Еллинека «Общее учение о государстве». По крайней мере, в упомянутых работах содержится немало теоретических положений, отчасти ее формулирующих и в гораздо большей степени разъясняющих и иллюстрирующих.

ЗНАЧЕНИЕ ОБЩЕЧЕЛОВЕЧЕСКОЙ МОТИВАЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПОЛИТИКО-ПРАВОВОГО РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА

Лыков Андрей Юрьевич,
аспирант кафедры истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Наш мир полон прекрасного, природа дает нам водоемы, горы, растения, животный мир, нас самих. И наша жизнь может быть так же прекрасна, как и гармония нашей планеты, ведь мы умеем дружить,

любить, радоваться, творить, верить, учиться. К сожалению, для того чтобы оценить все то хорошее, что есть у нас, нельзя не понимать, что людям свойственны и злоба, конкуренция, безразличность, ненависть, ревность, зависть. Если постараться выявить какие-либо общие признаки данных негативных явлений, то можно смело сказать, что это яркое проявление эгоизма. Можно привести радикальный пример обоснования сущности эгоизма. Любой человек, добрый он или злой, является эгоистом, если злой человек получает выгоду от плохих поступков непосредственно, например, воруя чужие вещи, то добрый человек, делая хороший поступок, делает его для себя, чтобы его модель поведения, установленная в его сознании, соответствовала модели поведения реализуемой в объективной действительности. И в случае, когда люди заботятся о своих близких, более того, даже жертвуют собой ради их блага, они заботятся о себе. Так как когда хорошо их близким, хорошо и им.

Так, Мандевиль не подвергает осуждению ни одно из низменных и порочных свойств человека. Напротив, то, что принято обычно считать добродетелью: жалость, сострадание, милосердие, самоотверженность, - по его мнению, лишь притворство и лицемерие. Мужество, пишет он с убийственной иронией, обычно считают истинной доблестью, но оно притворно, просто людям, обладающим повышенной гордостью, с помощью лести внушили чувство ужаса перед позором.¹ Автор правильно рассуждает о том, что государство базируется далеко не на благодетели, а на пороке.

Исходя из данного постулата, каждое действие человека направлено на самосохранение и расширение собственных благ. Данную позицию трудно представить правильной для развития социальных отношений по большей части потому, что ее трудно хотеть представить в качестве верной. Вопрос о том, может ли человек быть альтруистичным не в объективном смысле, выражающемся в его поступках, а в субъективном, выражающемся во внутреннем искреннем стремлении сделать добрый поступок, тесно стоит с вопросом о двух основополагающих движущих основаниях деятельности человека. Либо человек руководствуется в своей деятельности желанием потребить максимальное количество благ, либо желанием стать совершеннее. Как ни странно, данные желания по своей природе одновременно противоречат друг другу и являются частью одного целого. С одной стороны трудно возразить идее, что за скромный срок жизни человека, он просто обязан испытать все возможные блага, находящиеся в его распоряжении, не пожалев о прожитой жизни. С другой стороны, все люди умирают и неважно, как много благ человек потребил и удовольствия получил, результат будет одинаков. Вместе с тем, желание прийти к совершенству может нести более глубокий, духовный смысл,

¹ Пирогов Г. Г. Глобализация и цивилизационное многообразие мира: политологический анализ : дис... д-ра полит. Наук . М., 2003. С. 52.

экстраполируя свою ценность не только в течение жизни, но и после ее окончания.

Таким образом, встает вопрос о том, что является первичным: принцип удовольствия, разработанный в научной литературе З. Фрейдом, или принцип совершенствования, представленный В.Соловьевым. Во-первых, принцип удовольствия есть принцип индивидуализма, так как удовольствие человек воспринимает непосредственно и в себе, в то время как принцип совершенствования ограничен тем фактом, что индивидуальный человек смертен и не может вечно совершенствоваться. Во-вторых, принцип удовольствия предполагает желание потреблять, а принцип совершенствования предполагает желание участвовать.¹

При потреблении нам не важно, что и как мы потребляем, а важно то благо, которое мы получаем в данном процессе. Как описал данную ситуацию Ф. Хайек, человечество живет в «расширенном порядке человеческого сотрудничества», смысл которого заключается в том, что мы живем по порядку, который мы сами непосредственно не формируем, но который состоит из различных элементов, которые мы в него преподносим. Ярким примером указанного порядка является продукт современного мира, при покупке которого мы не подозреваем, из чего складывается его цена и о том, как он производится. Все, что нам требуется, это гарантия удовлетворения нашей потребности и получения удовольствия.² А. Смит в свое время указал, что стремление людей удовлетворить свои эгоистические интересы лучше отвечает благосостоянию общества в целом, чем намеренное стремление к цели общего блага.

При этом благо представляет лишь средство или форму получения удовольствия, которое является первоосновой любой человеческой деятельности. Мы стремимся за удовольствием, достигая же его в нас возникает опять пустота и мы опять устремляемся в получение данного состояния.³

З. Фрейд, рассуждая о человеческой природе, утверждал, что сознание лишь тонкая вуаль, которая накрывает первобытные инстинкты, заложенные в подсознательном.⁴ Он объясняет все человеческие отношения через темные человеческие побуждения и страсти, желания и потребности. И все социальные институты, которые существуют в современном мире, лишь модифицированы и созданы не на ценности общего, а на основе внутренней подсознательной составляющей человеческого организма. По З. Фрейду смысла жизни нет, есть лишь

¹ Пирогов Г. Г. Глобализация и цивилизационное многообразие мира: политологический анализ : дис... д-ра полит. наук. М., 2003. С. 149-162.

² Хайек Фридрих фон. Пагубная самонадеянность. Ошибки социализма. М., 1992. С. 15-29.

³ Соловьев В.С. Оправдание добра. Нравственная философия. М., 1990. С.208.

⁴ Фрейд З. По ту сторону принципа удовольствия. М., 1992. С. 234.

сексуальное влечение и влечение к смерти, принцип наслаждения.¹ И действия капиталистов, по сути, отображают инстинкт кормления матерью ребенка, который хочет всегда быть сытым. Действия политиков отображают внутренний инстинкт преобразовать мир так, чтобы он реализовывал их интересы и (или) интересы соответствующего круга лиц.² Эрих Фромм - последователь З.Фрейда, сделал вывод о том, что фактически Фрейд отобразил рыночные отношения, в которые вступает индивид для удовлетворения личных потребностей, на отношениях человеческих, в которые человек вступает не для самоцели, а для получения средств к удовлетворению личных потребностей. При этом Э.Фромм уточнил, что не все закладывается в человеческих инстинктах и внутреннем подсознании. Так как указанные инстинкты и потребности не только присущи человеку от рождения, но формируются, искажаются и деформируются уже в самом обществе.³

Напротив, В.Соловьев писал о том, что человеком движет сила противопоставления себя природным инстинктам и превосходство над последними олицетворяет стремление к большему совершенству, чем минимальная данность, заложенная в человеческой природе. Совершенствование возможно только через участие индивида в различного рода деятельности. При участии мы не потребляем блага, а участвуем в их создании, не просто созерцаем, а создаем и качественно переосмысливаем получаемую информацию. Только путем устранения от собственных желаний человек в состоянии достичь того состояния, когда «принципы Неба и природа человека проявятся в полном совершенстве».⁴

Представляется, что первоосновы З.Фрейда обращены на природу вещей, а не на их абстрактные идеалы, что позволяет говорить сложности опровержимости его концепций. Действительно, человеком движет удовольствие. Но противопоставление идей В.Соловьева и З.Фрейда, на наш взгляд, не имеет продуктивного смысла по той причине, что принцип совершенствования также предполагает получение того же удовольствия, только в данном случае удовольствие получается не в процессе, а в результате, не сразу же, а в перспективе. Любое наше действие обусловлено только нашими потребностями (достаточно попробовать назвать какое-нибудь действие, которое вызвано не потребностью, даже потребность помогать, потребность быть добрым – наши потребности). Самый яркий альтруист, делая хорошие поступки, руководствуется своей потребностью выглядеть в своих глазах как правильный и достойный человек. Потому вопрос не в том, каким принципом руководствоваться в нашей жизни, а в том, как у людей формировать потребности,

¹ Пирогов Г. Г. Глобализация и цивилизационное многообразие мира: политологический анализ : дис... д-ра полит. наук. М., 2003. С. 90.

² Фромм Э. Бегство от свободы. М., 1990. С. 241.

³ Фромм Э. Человек для самого себя. Психоанализ и этика. М., 1998. С.21.

⁴ Михайлова Ю. Д. Мотоори Норинага. Жизнь и творчество. М., 1988. С.15.

удовлетворяющие потребности не только конкретного индивида, но всех членов общества. Р.Нозик по этому поводу отмечает, что достижение консенсуса при распределении благ вполне возможно, при этом общественные и групповые интересы должны превалировать над личными.¹ Дж. Роулз, оспаривая данные утверждения, напротив, придерживается позиции, что интересы граждан должны преобладать. Но сам факт возможного достижения компромисса не оспаривается ни одним из ученых.

Если мы обратимся в период, когда люди еще были охотниками, то эгоизм тогда был необходимым условием выживания, уже тогда люди понимали, что для того, чтобы выжить, особенно в холодные периоды, нужно ловить животных, есть мясо. Как думаете, что происходило, если на определенное количество человек мяса не хватало? Мясо вырывал сильнейший и совершенно не делился ни с кем: его задача была выжить. При этом с позиций первобытного коммунизма или времени «Золотого века» это было социально справедливым, и слабые, так же как и сильные, признавали необходимость такой модели поведения. Нельзя ни оправдывать, ни осуждать данные поступки, ведь тогда мы были совершенно другими. И биологический и социальный мир практически были неразделимы. Однако вернемся к истории. Можно ли назвать период или место, когда не господствовал эгоизм? Рабовладельческий строй, феодальный, индустриальный, информационный или иной тип общества, в каждом всегда был кто-то, кто доминировал. Индивид всегда хотел, чтобы все окружающее строилось вокруг него, чтобы он обладал как можно большим количеством всевозможных благ. При этом в большинстве случаев фундамент этих строений закладывал не он сам, существуя за счет блага других людей и даже больше – за счет блага природы и окружающего мира в целом. Разумеется, когда мир концентрируется на удовлетворении потребностей какой-то определенной его составляющей, он начинает рушиться. Например, если бы вымерли все птицы – тогда в окружающем мире господствовали бы насекомые. В случае гибели всех травоядных, хищникам тоже было бы нечем питаться. Следует отметить, что животные имеют определенное значение. Это трудно доказать. (Столь же трудно доказать, что люди имеют значение!²). Например, человек до сих пор не может опровергнуть гипотезу, что он не является самым разумным существом на планете. Так как для этого нужно иметь абсолютную информацию относительно всех явлений, которая у человечества отсутствует. Заслуживает упоминания один распространенный аргумент, имеющий некоторое отношение к проблеме

¹ Хен Ю.В. Глобализация как фактор эволюции *homo sapiens* // Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия. М.: ИФРАН, 2010. С.43; Bioethik in den USA: Methoden.Themen.Positionen.B.N.Y., 1988. P. 58.

² Нозик Р. Анархия, государство и утопия. М.: ИРИСЭН, 2008. С. 300-424.

жестких ограничений: поскольку люди едят животных, они выращивают их намного больше, чем их существовало бы в противном случае. Существовать недолго лучше, чем вообще никогда не существовать. Поэтому (следует вывод) животные выигрывают от того, что мы их едим. Вместе с тем, для человека является важным другой контраргумент, который объясняет так же и важность постановки данного вопроса.¹ В случае возникновения более высшей формы жизни, чем человек, эта жизненная форма будет стоять перед таким же вопросом относительно того, возможно ли использовать человека как средство, так же как человек использует как средство животных.²

Самое интересное заключается в том, что если мы проанализируем то, что происходит в окружающем нас мире здесь и сейчас, то заметим, что, несмотря на наше всестороннее развитие, умение побороть эгоизм осталось на том же первобытном уровне, что и много-много тысяч лет назад. Люди живут, стремятся к популярности, деньгам, власти, реализации огромных амбиций. На самом деле в этом нет ничего плохого, ведь если бы люди ни к чему не стремились, то не было бы прогресса. Человек вполне мог бы не отступать от идеалов Добра, Истины, и Красоты, если бы его изначальная природа не была бы парадоксально противоречивой, не сочетала в себе добро со злом, если бы справедливость не была отягощена угнетением, милосердие – насилием, долг – эгоизмом, любовь – ненавистью.³ Однако человек забывает о своей ответственности как самого разумного биологического вида. Он должен понимать, что часть своей жизни нужно тратить на совершенствование не только условий своего собственного существования, но на общее благо людей, на сохранение окружающей среды. Как писал Р. Иеринг, каждый гражданин должен понимать, что в идеале каждая его деятельность должна приносить выгоду и ему самому, и обществу в целом, так же как и деятельность для общества благополучно складывается и для самого гражданина.⁴

Как не жаль, но мы никогда не сможем отказаться от части нашего эгоизма, никогда не сможем отказаться от конкуренции, борьбы. Согласно И. Канту человек есть ценность сам по себе и потому не может быть пожертвован ради общего блага, так как именно его индивидуальность обуславливает его существование.⁵

Ведь это то, что приводит наш мир к развитию, совершенствованию и даже делает жизнь интересной. Если бы в мире не было ни

¹ См.: Nelson Leonard System of Ethics (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1956). P. 66- 67.

² Singer Peter Animal Liberation. New York Review of Books., 1973. April 5. P. 17—21.

³ Абрамова Н.Т. Возможно ли единство разнообразия: модели идентичности и догматизм сознания //Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / отв.ред. Ю.В. Хен. М.: ИФРАН, 2010. С. 190.

⁴ Ihering R.Law as Means to an End.Boston: The Boston Book Company, 1913. P. 67.

⁵ My Philosophy of Law. P. .301.

индивидуализма, ни конкуренции, ни спорта, ни азарта, ни игр, мягко говоря, он бы был скучным.

Указанный научный тезис о необходимости противостояния форм социальной действительности подтверждается и в работе одного из предшественников А.Смита Бернарда Мандевиля «Басни о пчелах». ¹ В произведении рассказывается о жизни пчел, которые с определенного момента начинают правильно жить, без воровства, вранья и других порочных качеств, что приводит к ужасающим последствиям в виде падения строительства, торговли и ремесла. В конце концов, улей перестал существовать. В конце басни делается вывод о том, что тот, кто хотел бы жить в так называемом «золотом веке» равенства и честности, должен быть готов не только стать правильным, но и питаться желудями. ² Разница интересов и разнообразие форм и способов их взаимодействия является предпосылкой существования всего мира, а глобальная универсальность ведет к его односторонности и гибели. Чужаков мыши и крысы изгоняют и даже убивают, хищные виды головастиков проверяют по запаху, является ли вновь встретившийся индивид их родственником, и если не является, то пытаются съесть его заживо. ³ Уже бактерии образуют колонии, которые не сливаются друг с другом. ⁴ Человеку всегда было присуще непреодолимое стремление делить товарищей по виду «человек» (*Homo sapiens*) на «своих» и «чужих». ⁵ Дж. Мэдисон в записках Федералиста отмечает: «страсть к различным мнениям касательно религии, правительства и тьмы других предметов, равно как различия в суждениях и в практической жизни <...> делят человечество на партии, разжигают взаимную вражду и делают людей куда более склонными ненавидеть и утеснять друг друга, чем соучаствовать в достижении общего блага. Предрасположение к взаимной вражде столь сильно в человеке, что даже там, где для нее нет существенных оснований, достаточно незначительных и поверхностных различий, чтобы возбудить в людях недоброжелательство друг к другу и ввергнуть их в жесточайшие распри». ⁶

¹ Пирогов Г. Г. Глобализация и цивилизационное многообразие мира: политологический анализ: дис... д-ра полит. наук. М., 2003. С. 47-51.

² Мандевиль Б. Басня о пчелах. М., 1974. С. 58-63.

³ Олескин А.В. Сетевые структуры и задача сохранения этнической и региональной идентичности в условиях глобализации // Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; отв.ред. Ю.В.Хен. М.: ИФРАН, 2010. С. 64.

⁴ Будрене Е.О. Образование пространственно упорядоченных структур в колониях подвижных бактерий на агаре: докл. Акад. наук СССР, 1985. Т.383. № 2. С. 470-473; Новикова И.Ю. Возможные механизмы образования стерильных зон // Микробиология. 1989. Т.58. С. 127-157.

⁵ Олескин А.В. Сетевые структуры и задача сохранения этнической и региональной идентичности в условиях глобализации // Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; отв.ред. Ю.В.Хен. М.: ИФРАН, 2010. С. 51; Eibl-Eibesfeldt I. Us and Others: the familial roots of ethnonationalism // In-docrinability, Ideology and Warfare / Ed. I. Eibl-Eibesfeldt, F.K.Salter.N.Y., 1998. P. .21-53.

⁶ Мэдисон Дж. // Федералист № 10. С. 80-81; Madison J. The Federalist Papers: № 10.

Тем не менее противостояние всегда должно осуществляться в рамках правил, которые не столько только (не опечатка) отображают накопленные моральные ценности, сколько отражают механизм существования всего человечества. Человек создает порядок из хаоса, ему дана разумная способность вырабатывать правила, а затем придерживаться их или изменять.¹ Субъект всегда стремился справиться с множественностью и неопределенностью окружающей действительности: ему было важно, чтобы окружающие его явления носили упорядоченную форму и воспроизводились, чтобы события наступали вовремя и в нужном месте.² Потому допускать в обществе борьбу, не означает допускать эту борьбу во всех ее формах. Таким образом, при формировании политико-правового устройства прежде всего следует исходить из природы человека и его стремления к удовлетворению индивидуальных потребностей. Но в связи с тем, что потребностей так же много, как и людей, необходимо установление справедливых правил взаимодействия людей, их объединений и социальных групп, при которых также восполняются общесоциальные цели, не находящие отражение в индивидуальном сознании индивидов.

К ВОПРОСУ О ТЕОРИЯХ СУДЕБНОГО ТОЛКОВАНИЯ НОРМ ПРАВА: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

Мингазов Раиль Шамильевич,
аспирант кафедры теории и истории государства и права
Марийского государственного университета

Научный руководитель:
Иванов Виталий Алексеевич,
д.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права
Марийского государственного университета

В литературе отмечается наличие двух тенденций в правотолковательной деятельности — статической и динамической.

Так, Е. Врублевский отмечает, что статические теории толкования преследуют цель обеспечить максимальную стабильность, правовую определенность и предвидимость решений органов, применяющих право. Чтобы достичь этой цели, необходимо, чтобы значение нормы право было

¹ Хен Ю.В. Глобализация как фактор эволюции homo sapiens // Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; отв.ред. Ю. В. Хен. М.: ИНФРА-Н, 2010. С. 44; Bioethik in den USA:Methoden.Themen.Positionen.B.-N.Y.,1988. P. 58.

² Абрамова Н.Т. Возможно ли единство разнообразия: модели идентичности и догматизм сознания // Глобализация и проблема сохранения культурного многообразия / Рос.акад.наук, Институт философии; отв.ред. Ю. В. Хен. М.: ИФРАН, 2010. С. 168.

неизменным, так как лишь такое значение нормы может обеспечить реализацию вышеуказанной цели»¹.

Функция судьи согласно статистической теории судебного толкования заключается лишь в применении закона к конкретным спорам; судья должен быть лишь истолкователем и осуществителем воли закона и ничем иным; только в законе он должен черпать те нормы, которые он будет применять.

В литературе отмечается, что в теории и практике должно утверждаться понимание того, что в процессе интерпретации права необходимо придерживаться стабильности и определенности правовых предписаний. Этому способствует установление в ходе интерпретации «воли законодателя», его мысли, точки зрения на содержание закона в момент его издания. Содержанием Конституции, закона является тот смысл, который придан ему законодателем. Его никто не может изменить, он остается постоянным, неизменным с момента издания до полной отмены или изменения закона. Задачей интерпретатора является выяснение того смысла, который законодатель вложил в закон. Установление «воли законодателя» связано с его определенными психологическими переживаниями в момент издания закона. Так, по мнению видного дореволюционного ученого Е.В. Васьковского задача толкования состоит в раскрытии содержания нормы, развитии ее смысла, выяснении мысли и воли законодателя².

Статический подход предполагает неукоснительное следование интерпретатора букве закона, установление лишь того смысла нормативно-правового акта, который закрепил в нем законодатель в момент издания предписания. В соответствии с данным подходом нормативно-правовые акты не корректируются и не приспособляются в ходе толкования к изменениям политического, экономического и иного рода.

В XVIII веке в Австрии, Пруссии, других странах принимались специальные акты, которыми воспрещалось какое бы то ни было толкование законов. Император Юстиниан в VI веке н.э. запретил толкование своих Дигестов, считая, что все неясности были устранены и не осталось оснований для сомнений.

Буржуазные идеологи периода восхождения буржуазии к власти (Монтескье, Беккариа, Марат и др.) требовали точного следования букве закона и были противниками толкования законов судами. Это была своеобразная реакция на произвол феодального суда. Так, Ш.Монтескье писал, что «природа республиканского правления требует, чтобы судья не отступал от буквы закона»³. В докладе Учредительному собранию Франции о проекте Уголовного кодекса 1891 г. Лепелетье, критикуя хаос и

¹ Цит. по А.Ф. Черданцев. Вопросы толкования советского права. Свердловск, 1972. С. 5.

² Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. М., 1998. С. 29.

³ Монтескье Ш. О духе законов. Избранные произведения. М., 1955. С. 226.

жестокость феодальных законов, отмечал, что «их свирепая бессмысленность проявлялась в других злоупотреблениях — в толковании законов и в произвольном их изменении самими судьями»¹.

Известный русский юрист И.В. Михайловский отмечал, что долгое время бытовало мнение, что толкование законов дело не только ненужное, но и вредное, поскольку толкователь может легко извратить истинный смысл закона под влиянием своего субъективного правосознания. В связи с этим считалось, что единственным толкователем закона может быть его автор. В результате таких мнений появилось стремление законодателей запретить толкование применения закона. Например Юстиниан, издавая *Corpus juris*, приказал, чтобы суды в случаях сомнений обращались за разъяснениями к самому императору. Во Франции в 1790 г. также было предписано судам обращаться за разъяснениями к законодательному учреждению. И даже в XIX веке были примеры запрещения толкования законов не только судьями, но даже профессорами права: когда в Баварии был издан уголовный кодекс 1813 г., король запретил писать какие бы то ни было комментарии к нему.

Но вот в Новейшее время в сфере юридической мысли стало обозначаться иное течение. С одной стороны, закон не может предусмотреть всего; предполагать всеведение закона - значит создавать себе фикцию. С другой стороны, судья никогда не был только простым истолкователем воли закона, какой-то механической машиной; волей или неволей, но он был и есть участник в правовом творчестве. Отрицать это - значит закрывать глаза на факт совершенно бесспорный. Следует, напротив, признать его и с ним считаться. Полагаясь на здравый смысл и такт судей, которые являются членами и носителями правосознания того же общества, законодатель во многих случаях вправе предоставить им самим разбираться в конкретных отношениях жизни. Известная неопределенность закона, предоставляющая большой простор свободному усмотрению судьи, является, с этой точки зрения не только не противной общей идее законодательства, а, напротив того, приемом, иногда единственно целесообразным².

При динамическом подходе интерпретатор может и должен корректировать правовой акт в соответствии с изменениями в общественных отношениях. Как пишет известный французский юрист Ж. Карбонье, данный подход «то выдвигался на первый план, то отступал, но всегда имел один и тот же смысл: толкователь должен адаптировать закон к социальным изменениям»³.

¹ Герцензон А. А. Проблема законности и правосудия во французских политических учениях XVIII века. М., 1962. С. 281.

² Покровский И. А. Гражданский суд и закон. Проблема их взаимоотношения // СПС «Гарант Эксперт, 2010».

³ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 311.

Согласно данному подходу характер и содержание общественно значимых отношений могут меняться с изменением общественных условий и потребностей. Соответственно, выражающие эти новые отношения правила поведения также должны корректироваться. Это может осуществляться как законодательным путем - с помощью принятия нового закона, так и путем интерпретации прежней нормы в новом духе согласно изменившемуся характеру отношений, которые она призвана эффективно регулировать. Динамический подход нацелен на выявление объективного смысла заключенного в норме правового явления, детерминированного современными потребностями общественного развития.

Между тем, на наш взгляд, смысл нормы не должен изменяться в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Правоприменитель не может толковать норму произвольно. Он должен выявить смысл нормы, которым наделил ее законодатель, и применить эту норму в соответствии с этим смыслом. Иное противоречило бы принципу законности и правовой определенности. Не может одна и та же норма иметь несколько смыслов. Смысл у нормы только один (вне зависимости от контекста ее применения) – это смысл, которым ее наделил законодатель.

Тем самым ни динамическая, ни статистическая теория не способны обосновать с точки зрения общей теории права сущность судебного толкования в механизме правоприменения, что делает необходимым продолжение научной дискуссии по данной проблематике.

СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА КАК ИСТОЧНИКИ ПРАВА В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Мингалиев Ренат Равильевич,
аспирант кафедры государственно-правовых дисциплин
Казанского юридического института (филиала)
Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Научный руководитель:
Краснов Александр Валерьевич,
к.ю.н., доцент кафедры теории истории государства и права
Института экономики, управления и права

В научной литературе юридический или правовой прецедент являются аналогичными понятиями. Юридический прецедент – это решение государственного органа власти, взятого за образец при дальнейшем рассмотрении аналогичных дел. И в данном случае выделяют особый вид – судебный прецедент.

Судебный прецедент – это решение высшего судебного органа по отдельному делу, которое является обязательным для нижестоящих судов при рассмотрении однотипных дел.

Судебный прецедент может создаваться не любым судом, а лишь высшими судебными органами и только по отдельному делу, которое в последующем станет обязательным для нижестоящих судов при рассмотрении подобных дел.

И в данном случае особый интерес вызывает деятельность Конституционного Суда Российской Федерации как высшего судебного органа. Процесс разработки судебного прецедента в Конституционном Суде РФ начинается на стадиях назначения и подготовки дела к судебному разбирательству.¹ На данных стадиях производятся определенные действия, в ходе которых Конституционный Суд, например, уточняет юридически важные обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела; определяет конституционные и другие правовые положения, которыми Конституционный Суд будет пользоваться; решает вопрос о составе субъектов, которые будут участвовать в судебном деле; определяет доказательства и т.д.

В дальнейшем особое значение получает стадия подготовки решения, которая проводится в закрытом совещании. Закрытое совещание судей состоит из нескольких стадий:

- 1) обсуждение рассмотренных в судебном заседании материалов дела;
- 2) голосование;
- 3) составление решения;
- 4) подписание решения.

Судебное решение Конституционного Суда РФ окончательно, обжалованию не подлежит, вступает в законную силу после его провозглашения, публикуется в официальных источниках и обязательно на всей территории Российской Федерации для любых представительных, исполнительных и судебных органов власти, органов местного самоуправления, организаций, учреждений, предприятий, должностных лиц, граждан.²

Рассматривая многочисленные решения Конституционного Суда РФ, можно точно определить, что многие правоприменительные органы при осуществлении своей деятельности обращаются не только к Конституции РФ, но и к судебным решениям Конституционного Суда РФ, которые являются в данном случае дополнительными средствами регулирования. Конституция РФ и судебные решения Конституционного Суда РФ устраняют пробелы в законодательстве, устанавливают нормы для

¹ Мкртумян А. Ю. Понятие судебного прецедента в современной теории права // Российская юстиция. 2009. № 7.

² Фоков А. П. Конституционный Суд Российской Федерации // Российский судья. 2009. № 12.

определенного круга правоотношений. Но при всем этом судебное решение Конституционного Суда осуществляет роль лишь дополнительного источника права.

Следовательно, судебные решения Конституционного Суда РФ являются источником права лишь в той мере, в какой Суд образует судебный прецедент своими решениями.

Особое значение для правовой системы России имеет и судебная практика Верховного Суда РФ как источник права.

Верховный Суд РФ создает свою судебную практику по определенным направлениям. Например, Пленум Верховного Суда РФ исследует материалы изучения и обобщения судебной практики и на их основе создает руководящие разъяснения по вопросам применения норм права (но только при возникновении данных вопросов у нижестоящих судов при рассмотрении дел). Или, если Президиум Верховного Суда РФ в пределах своей компетенции рассматривает судебные дела в надзорной инстанции, исследует материалы изучения и обобщения судебной практики. А также, если Судебные коллегии Верховного Суда РФ при рассмотрении дел создают судебную практику применения норм права, или если они рассматривают и обобщают судебную практику по рассмотренным делам.¹

Обязательность судебной практики заключается в том, что если постановления Пленума Верховного Суда РФ будут игнорироваться при рассмотрении нижестоящим судом дела, то решение данного суда будет отменено вышестоящим судебным органом. В данных случаях судебная практика постановлений Пленума Верховного Суда РФ становится для нижестоящих судов своеобразным источником права в виду ее обязательности применения при рассмотрении судебных дел различной категории.

Судебная практика, подготовленная Верховным Судом РФ в виде судебных решений по определенным делам и постановлений Пленума Верховного Суда РФ, помогает ликвидировать пробел в нормативно-правовом акте, позволяет направить нижестоящие суды в принятии законных решений, прекращает возможность нарушений материального и процессуального законодательства, предписывает судебным органам рассматривать дела в определенные сроки, устанавливая таким образом эффективную защиту прав, свобод и интересов человека и гражданина в России. В ином случае игнорирование судебной практики Верховного Суда РФ приведет к принятию дефектных судебных решений.

С точки зрения применения судебной практики судами общей юрисдикции можно сказать, что здесь присутствует принцип

¹ Вивчаренко Ю. В. Проблемные аспекты взаимодействия суда с иными государственными органами // Российская юстиция. 2010. № 2.

обязательности применения судебных решений (прецедентов) Конституционного Суда РФ и судебной практики Верховного Суда РФ.

Судебный орган считается одним из органов государственной власти, который может применять материальные и процессуальные законы. При правоприменении судебный орган обязан реализовать закон в четком соответствии с его смыслом. Но законодатель не всегда может в полной точности довести смысл закона до правоприменителя, урегулировать законом все виды общественных отношений. В итоге в правоприменительном процессе ликвидировать неясность закона, более четко его истолковать и разъяснить, устранить пробел в праве и законе призван суд.

Судьи, подчиняясь Конституции РФ и федеральным законам, не могут отказать в судебной защите гражданину по причине отсутствия нормативно-правового акта или неясности его текста. В данном случае у судей есть правомочие по ст. 46 Конституции РФ на осуществление судебной защиты граждан, их прав и свобод, даже если оспариваемые правоотношения не урегулированы нормативным актом. В данных ситуациях урегулировать спорные правоотношения может только судебный орган.¹

Решения высших органов судебной власти, принятые по данным спорным вопросам, можно считать дополнительными регуляторами правоотношений, которые распространяются на неопределенное число лиц и действуют до принятия необходимого нормативно-правового акта. Отказ в соблюдении и исполнении данных судебных решений нижестоящими судами может привести к принятию незаконных и необоснованных судебных решений, к нарушению прав граждан и снижению у них веры в законное, справедливое правосудие. Законность и обоснованность судебных решений зависит от правильного и профессионального применения как нормативного акта, так и судебной практики по спорным делам.

В связи со сложившейся практикой применения нижестоящими судами судебных прецедентов Конституционного Суда РФ и судебной практики Верховного Суда РФ можно выявить, что существующий законотворческий путь формирования права позволяет развивать институт судебного прецедента в правовой системе Российской Федерации.

Все необходимые условия для этого уже созданы. Это и действующая единая федеральная система судебных органов, и правосудие, которое осуществляется профессиональными судьями, и решения высших судебных органов (Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ), которые

¹ Гук П. А. Судебная политика и практика в правовой системе России // Российская юстиция. 2009. № 6.

являются обязательными для нижестоящих судебных органов, и сложившаяся система опубликования судебных решений высших судебных органов.¹

В настоящее время судебные решения высших судебных органов власти выполняют роль дополнительного источника права. Данная роль судебных решений, однако, осталась не урегулированной со стороны законодательства и нуждается в правовом закреплении.

И в этой связи с точки зрения правового закрепления судебного прецедента существует принцип юридического признания судебного прецедента в правовой системе Российской Федерации.

Теория государства и права признает важность судебного прецедента как законодательно, так и доктринально. Но важность прецедента зависит от самой правовой системы, где либо доктрина, либо закон обладают большим авторитетом.

В Российской Федерации судебная власть, с точки зрения Конституции РФ, является одной из ветвей государственной власти и совместно с правосудием возможно осуществление ею правотворческой деятельности. А судебное правотворчество на законных основаниях может передаваться от государственной власти и закрепляться в законодательном акте.

Российская Федерация, по Конституции РФ, является правовым и демократическим государством. Государственная власть в РФ распределена между законодательными, исполнительными и судебными органами власти, которые в своей деятельности независимы друг от друга.

Судебная власть может осуществляться только судами и их судьями, и только при помощи конституционного, административного, гражданского и уголовного судопроизводства.

В Российской Федерации существует единая федеральная система судебных органов, судьи имеют высшее юридическое образование. Существует четкая процедура опубликования судебных решений в официальных источниках, что благоприятно воздействует на процесс судебного правотворчества.

Высшие органы судебной власти (Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Высший Арбитражный Суд РФ) имеют правомочие, в случае отсутствия закона или правовой нормы, создавать норму судейского права на основе общих принципов права, требований справедливости и разумности. В итоге, решения высших органов судебной власти становятся обязательными для применения всеми нижестоящими судами Российской Федерации.

Судебные решения высших органов судебной власти, принятые в пределах их полномочий, становятся дополнительным источником права – судебным прецедентом, и обязательны для любого органа государственной

¹ Анисимов А. П., Мельниченко Р. Г. Судебный прецедент: от теории к практике // Российский судья. 2009. № 8.

власти, органа местного самоуправления, общественного объединения, а также должны неукоснительно исполняться на всей территории Российской Федерации.¹

Судебный прецедент в РФ является регулятором правоотношений, действует вплоть до отмены высшим органом судебной власти, его создавшим, либо до принятия законодательным органом власти необходимого нормативно-правового акта, который восполнит пробел в праве.

Но для полного вливания судебного прецедента в правовую систему Российской Федерации важно, например, внести изменения в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации», чтобы закрепить возможность применения совместно и Конституции РФ, и постановления Конституционного Суда РФ при принятии нового нормативно-правового акта.

Или же можно внести поправки в Федеральный конституционный закон «О судебной системе в Российской Федерации», закрепив, что решения Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, в случае отсутствия правовой нормы или закона, считаются дополнительным источником права (судебным прецедентом) и могут применяться всеми судами Российской Федерации.

Таким образом, если закрепить в российской правовой системе, что судебный прецедент является источником права, то это поможет в короткие сроки устранять пробелы в праве и законах, улучшить и укрепить судебную защиту прав и свобод человека, вернуть механизм сдержек и противовесов нормальное действие, окончательно сформировать правовую государственность в Российской Федерации.

¹ Курова Н. Н. Постановления Конституционного Суда РФ в системе источников права // Адвокат 2009. № 1.

ПРОБЛЕМЫ ПРОИСХОЖДЕНИЯ ГОСУДАРСТВА И ИХ РЕШЕНИЕ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Молчаков Никита Юрьевич,
студент 2 курса международно-правового факультета
Московского государственного института
международных отношений (Университета) МИД РФ

Научный руководитель:
Малиновский Алексей Александрович,
д.ю.н., доцент кафедры уголовного права,
уголовного процесса и криминалистики
Московского государственного института
международных отношений (Университета) МИД РФ

Современная юридическая наука, давшая ответы на многие сложные вопросы о праве и государстве, все еще не может найти единое решение проблемы о происхождении государства. На пути поиска ответа на данный вопрос перед учеными-юристами вставали различные препятствия как научного, так и идеологического характера. До Октябрьского переворота в 1917 году указанной проблемой в основном занимались представители позитивистского типа правопонимания (напр., Г.Ф. Шершеневич или Н.М. Коркунов), взгляды которых (главным образом командная теория права), синтезированные с историческим материализмом (вопрос о происхождении государства детально рассмотрен в работе Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» 1884 г. и затронут в лекции В.И. Ленина «О государстве» 1919), были положены в основу появившейся в СССР конце 20-х – начале 30-х годов теории государства и права.

Сейчас в современной российской юридической науке по-прежнему доминирует позитивистский тип правопонимания, а «отступление от энгельсовского понимания процессов происхождения государства¹» идет крайне медленно, что часто оказывает существенное влияние на главы учебников и монографии, посвященные указанной проблеме. Изложение информации о происхождении государства во многих учебниках сводится к перечислению теорий, описывающих данный процесс, причин их появления и разнообразия. Достаточно часто встречается тезис о том, что для наиболее правильного ответа на рассматриваемый вопрос требуется создание новой универсальной теории происхождения государства. Такая постановка проблемы привела к появлению в отечественной юридической науке таких теорий, как кризисная (проф. А.Б. Венгеров), дуалистическая

¹ Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: учеб. пособ. М.: Высшее образование, 2009. С. 7.

(проф. В.С. Афанасьев и проф. А.Я. Малыгин), а также теории специализации (проф. Т.В. Кашанина). Следовательно, если основной задачей ученых, занимающихся изучением процесса происхождения государства в Советском Союзе, было обоснование историко-материалистической теории, а также всего марксистско-ленинского мировоззрения, то современные ученые «задались целью выдвинуть и обосновать такую теорию, которая бы могла быть признана универсальной, т.е. пригодной для всех стран и народов, в каком бы регионе земного шара они ни находились, и позволяла бы объяснить процессы государствообразования, имевшие место в прошлом, настоящем, а поскольку не все еще народы встали на путь государственности, то и в будущем».¹

Появление такой тенденции в отечественной юридической науке ставит вопрос о возможности универсальной теории в принципе. Одной из самых обоснованных современных теорий происхождения государства является теория специализации проф. Т.В. Кашаниной, универсальность которой основывается на всеобщем законе развития окружающего мира – законе специализации, который проявляется и в биологическом, и в социальном мире. Соответственно, государство – «это «результат возникновения наряду со специализацией в производственной сфере (экономической специализацией), специализации в сфере управленческой (политической сфере)».² Иными словами возникновение государства является продуктом возникновения и развития политической специализации. Вне всякого сомнения, специализация присуща биологическому миру, но переносить ее на мир социальный, следуя за размышлениями проф. Т.В. Кашаниной, не совсем правильно, ибо говорить об однообразии, а, следовательно, и об универсальном законе развития социального мира, невозможно, так как в мире возникли и существовали всегда две субкультуры: правовая и потестарная. Выделение таких, параллельно существующих парадигм историко-юридического развития мира несвойственно современной российской юридической науке, но как раз на основе этого, на взгляд автора, можно сделать вывод о несостоятельности попыток создания универсальной теории происхождения государства.

Причины выделения именно правовой и потестарной субкультур следует искать прежде всего в экономической теории и истории. Известно, что указанные науки выделяют два типа обмена: «эквивалентный обмен, т.е. обмен, не опосредуемый публично-властными институтами, и опосредуемый таковыми, т.е. неэквивалентный обмен – государственное

¹ Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: учеб. пособ. М.: Высшее образование, 2009. С. 101.

² Там же. С. 103.

распределение и перераспределение ресурсов жизнедеятельности¹». Следовательно, субкультуры, где доминирует эквивалентный обмен, являются правовыми, а в субкультурах потестарного типа в основе лежит неэквивалентный обмен. Поэтому не подлежит сомнению то, что в правовых цивилизациях государство и его публично-правовые институты возникают с целью обеспечения равенства в свободе и свободы как таковой, а в потестарных цивилизациях – с целью подавления этой свободы. Как верно отмечает проф. В.А. Четвернин «юридическое понятие государства должно строиться на различии государственности как феномена правовой культуры (феномен типа *res publica* или *state*) и как феномена потестарной культуры (государство в буквальном смысле, «государь-ство»)²».

Достижения истории права и государства подтверждают правильность такого умозаключения. Примером доминирования правовых институтов в процессе происхождения государства являются древнегреческие полисы, ибо в них возникшее «государство-полис в лице гражданского коллектива гарантировало соблюдение всех политических прав и свобод, а также социально-экономические и духовные условия достойного существования каждого своего члена³». Абсолютно протиположный процесс происхождения государства можно наблюдать в рамках потестарных субкультур, например, у несийцев (хеттов), где, как отмечает в своей главной работе «Верховные боги индоевропейцев» (М., 1986) известный французский историк Жорж Дюмезил, «царь был средоточением сразу трех высших функций: он был верховным жрецом, главным судьей, военным вождем и администратором, он нес ответственность за материальное состояние своих подданных⁴, иными словами являлся центральной фигурой хеттской государственности, которая, без сомнения, является феноменом потестарной культуры.

Такие существенные различия между двумя типами субкультур предали особенности процессу происхождения государства и его результату в рамках каждой из них. Следовательно, создание универсальной теории происхождения государства является логически недопустимым, ведь речь идет о двух противоположностях. Говорить о создании универсальной теории происхождения государства можно лишь в рамках одной из двух субкультур, но не об единой универсальной теории, способной объяснить процесс происхождения публично-властных институтов в двух субкультурах одновременно. Однако такая постановка проблемы ведет к вопросу о том, как передать эти различия на русском языке, ведь с английского языка слово *state* (феномен правовой

¹ Четвернин В.А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов. М., 2010. С. 14.

² Четвернин В. А. Проблемы теории права для особо одаренных студентов. М., 2010. С. 19.

³ Ляпустин Б.С., Суриков И.Е. Древняя Греция: учеб. пособ. М.: Дрофа, 2007. С. 10.

⁴ Цит. по Исаев М.А. Курс лекций по истории государства и права зарубежных стран. М., 1999. С. 295.

субкультуры) переводиться так же, как государство, что может вызвать у читателя проблему понимания государства как феномена двух разных субкультур. Скорее всего, данную проблему разрешить никогда не удастся, ибо такова особенность русского языка. Поэтому при рассмотрении любого вопроса о государстве, в особенности такого важного, как его происхождение, следует обязательно указывать его принадлежность к одной из субкультур.

Несложно заметить, что, для решения проблемы о происхождении государства, необходимо взаимодействие общей теории права и государства с другими неюридическими науками, которое получило название юридикации. Иными словами, юридикация – это юридико-понятийная трансформация неюридических методов и дисциплин, их преобразование с определяющих позиций права и их включение в новый познавательный-смысловой контекст предмета и метода юридической науки»¹. Рассматривая проблему невозможности создания универсальной теории происхождения государства, мы использовали достижения не только юридических наук (общая теория права и государства, история права и государства, философия права), но и всеобщей истории, социологии и социальной истории. Следует отметить, что освоение методов и результатов является единственным способом формирования наиболее объективной картины процесса происхождения государства в различных регионах земного шара. Поэтому, если взглянуть с позиций других, неюридических наук на некоторые теории о происхождении государства, то они окажутся несостоятельными. Примером такой теории может служить ирригационная теория, разработанная в середине XX века немецким ученым-марксистом Карлом Виттфогелем (его работа «Восточный деспотизм» («Oriental despotism», 1957 г.) так и не переведена на русский язык). Описание данной теории можно встретить во многих работах по общей теории права и государства, но практически невозможно найти ее точную историко-юридическую оценку. Критика обычно сводится к тому, что «автор теории концентрирует свое и наше внимание лишь на отдельной, пусть и очень важной, стороне жизни общества», а его «теория может претендовать на локальный характер, т.е. служить для объяснения процесса происхождения государства в регионах с жарким климатом, но не объясняет протекание данного процесса в других регионах земного шара»², при этом можно встретить утверждения, что в основе данной теории лежат конкретные исторические факты.

Дать объективную оценку такой теории можно лишь при помощи достижений такой науки, как история религиозных идей. Сложно согласиться с тезисом о том, что в египетском обществе «взаимосвязь

¹ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М.: Норма, 2004. С. 23.

² Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: учеб. пособ. М.: Высшее образование, 2009. С. 54.

между трудом, его организацией и техникой является решающей для организации всего общества в целом»,¹ ведь простой приказ власти, какой бы деспотичной она ни была, не мог бы заставить простых крестьян (феллахов) строить огромные ирригационные сооружения. Если это жизненно необходимо, то эта необходимость, проявляясь в организационных качествах людей, и сплотила бы их без всякого государства. Поэтому, исходя из достижений истории религиозных идей и истории Древнего Египта в целом, можно сделать достаточно обоснованный вывод о том, что «царская власть возникает именно как религиозное действо», а «раннее государство было целиком направлено на идею спасения».² Первые теократические монархии, как верно отмечает проф. А.Ф. Черданцев, «являются определенным продолжением сакрализации (обожествления) носителей власти (вождей, царей и т.п.) в догосударственном обществе», при этом «сакрализация в ряде случаев была одним из факторов возникновения государства».³ Нельзя не согласиться и с интересным утверждением проф. В.А. Томсинова о том, что «государственность Древнего Египта не просто освящена религией - она в значительной мере сама была религией».⁴ К сожалению, такое понимание проблемы встречается достаточно редко, так как процесс юридикации достижений указанных наук идет крайне медленно. В современной российской юридической науке есть только одна монография, в которой дается объективная оценка историко-юридического процесса происхождения государства в Древнем Египте – недавно увидевшая свет работа проф. В.А. Томсинова «Государство и право Древнего Египта» (М, 2011), в которой автор, основываясь на юридикации результатов многих наук: архелогии, истории религиозных идей, географии и т.д., наносит окончательный удар по теории Карла Виттфогеля. Этот уважаемый ученый делит ирригацию на природную (основную) и искусственную (побочную), отмечая, что «существует множество убедительных свидетельств того, что основным способом ирригации возделываемых земель была в Древнем Египте природная ирригация, которая осуществлялась в процессе разливов Нила», и только «лишь во время засухи, когда река мелела и ее разливов было недостаточно для орошения почв, искусственная ирригация могла быть основной»⁵. Далее проф. В.А. Томсинов опровергает представления о том, что организаторы ирригационных работ стали впоследствии государственными служащими, так как строительство и поддержание искусственных ирригационных сооружений входило в компетенцию

¹ Исаев М.А. Курс лекций по истории государства и права зарубежных стран. М., 1999. С. 93.

² Зубов А.Б. Лекции по истории религий, прочитанные в Екатеринбурге. М.: Ника, 2010. С. 62-63.

³ Черданцев А.Ф. Теория государства и права: учебник. М.: Юрайт-М, 2001. С. 66.

⁴ Томсинов В.А. Государство и право Древнего Египта. М.: Зерцало-М, 2011. С. 133.

⁵ Там же. С. 141.

местных властей. Соответственно, положения, сформулированные проф. В.А. Томсиновым, еще раз подтверждают несостоятельность ирригационной теории происхождения государства, а также ее историко-юридическую обоснованность.

Изучение процесса происхождения государства не сводится к двум проблемам, описанным в данной работе. Естественно, дать характеристику каждой из них практически невозможно, так как изучение данного вопроса продолжается. Рассмотрев проблемы невозможности создания универсальной теории происхождения государства, а также несостоятельности ирригационной теории Карла Виттфогеля, мы пришли к выводу, что в процессе изучения происхождения государства должна быть навсегда отвергнута историко-материалистическая теория, а взаимодействие между юридическими и неюридическими науками должно выйти на новый уровень. И если во втором случае наблюдается некое поступательное движение к сближению и взаимодействию, то в первом его фактически нет, ибо процесс преодоления идеологического влияния на отечественную науку в целом и юриспруденцию в частности идет крайне медленно. Поэтому современная юридическая наука в данном вопросе должна следовать указанным векторам развития, ибо ответ на вопрос о происхождении государства даст стимул к пересмотру некоторых философско-правовых представлений о государстве в целом.

РАЗЛИЧНЫЕ ПОДХОДЫ К ОБОСНОВАНИЮ РЕШЕНИЙ В СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ ЛИТВЫ

Донатас Мураускас,
аспирант кафедры публичного права
Вильнюсского университета

Научный руководитель:
Эгидиус Курис,
профессор кафедры публичного права
Вильнюсского университета

Различные понятия права формируются в рамках различных этических, политических или социальных теорий. Хотя нельзя полностью отрицать, что некоторые элементы понятий права имеют правовую природу в прямом смысле этого слова¹. Возможно ли окончательное понятие права? Думается, что было бы сложно создать понятие права, удовлетворившее бы основную часть сторонников теории права, однако

¹ Bix B. Jurisprudence: Theory and Context. 4th Edition. London: Sweet and Maxwell, 2006. С. 7-8.

это позволяет теории права быть «динамичной и воспламеняющей страсти наукой»¹.

В данной работе сделана попытка представить идею сосуществования различных понятий права, иллюстрируя ее примерами из практики судов Литвы. В работе положения, представляющие соперничающие понятия права, представлены на основе диалектического метода Гегеля (тезис – антитезис – синтез), что выявляет противоречивость соответствующих понятий права (тезис и антитезис).

Из-за сосуществования различных понятий права возникает вопрос, на каком основании конкретным образом должна быть разрешена та или иная проблема права. Пытаясь найти ответ на данный вопрос полезно применить понятие дискурса². Вообще дискурс может быть определен как последовательность знаковых единиц, несущих определенную информацию. Между тем правовой дискурс выступает особым случаем общего практического дискурса, в правовой дискуссии рассматривая практические вопросы и одновременно формулируя правовую претензию³. Правовой дискурс, будучи особым случаем общего практического дискурса, проявляется через судебную аргументацию, то есть предстает процессом, в котором оправдывается или обосновывается решение определенной правовой проблемы⁴. Принимая во внимание понятие правового дискурса и то, как дискурс проявляется в судебной аргументации, можно утверждать, что конкретные решения судов также являются случаями правового дискурса на основе правовой аргументации. Нормативным обоснованием данного утверждения в литовских судах может рассматриваться указанная Конституционным судом Литовской Республики необходимость аргументировать решение суда как вытекающее из принципа правового государства требование⁵.

Идея, что право является своеобразной аналогией механике, не нова⁶. Но все-таки право не является механикой, в каждом деле есть определенный выбор в том, что важно конкретному судье, включая и то, на каком понятии права для судьи зиждется дело. Придание особой важности логическому мышлению судьи скорее ведет к принятию неподходящего решения, чем помогает принять верное решение⁷, поэтому необходимо внимательно оценивать, достаточно ли в конкретном случае одной логики. Гегель указал на право субъекта на свободу, что каждый индивид сам может наилучшим образом решить, что для него лучше

¹ Kūris E. Hartas ir mes. In Hart, H. L. A. Teisės samprata. Vilnius: Pradai, 1997. C. 11.

² См. подробнее: Foucault M. Archaeology of knowledge. New York: Routledge, 2007.

³ Alexy R. Teisinio argumentavimo teorija: mokymas apie racionalų diskursą, arba teisinio pagrindimo teorija. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2005. C. 231.

⁴ Ibid. C. 240.

⁵ Решение Конституционного суда Литовской Республики от 28 марта 2006 г.

⁶ Fletcher G. P. Basic Concepts of Legal Thought. New York: Oxford University Press, 1996. C. 61-62.

⁷ Lasswell H. D. Self Analysis and Judicial Thinking // International Journal of Ethics, No 40, 1930. C. 355.

всего¹, поэтому возможности *a priori* установить понятие права уготована неудача.

Далее покажем точки соприкосновения отдельных конкурирующих понятий права, их влияние на правовую аргументацию в реальных ситуациях, в практике литовских судов. Среди наиболее часто встречающихся взаимодействий различных понятий права в правовой аргументации отметим: **Содержание *versus* форма** (естественное право против позитивного права); **Постоянство *versus* изменчивость** (естественное право и позитивное право против правового реализма); **Цели сообщества *versus* формальные ограничения** (социология права против позитивного права).

Содержание *versus* форма

Тезис: право – это вопрос социального факта, мораль не попадает в поле действия права.

Известный представитель английского правового позитивизма Д. Остин подчеркивал раздельность права и морали, сформулировав так называемую теорию права как команды (англ. *Command*), в которой ясным образом отделены вопросы оценки правовой идентификации и моральности: существование права – это один вопрос, а его ценность – уже другой². Такое разделение права и морали некоторые авторы называют тезисом раздельности (англ. *Separation Thesis*) или квинтэссенцией правового позитивизма³. Дж. Раз в стремлении обосновать постулат позитивизма, по которому право отделяется от морали, формирует тезис социальности (англ. *Social Thesis*). Суть тезиса социальности в том, что понятие права пригодно, если его критерии, по которым устанавливается содержание права или вообще существование, зависит только от фактов человеческого поведения, которое можно описать нейтральными по отношению к ценностям понятиями и которые применяются, не привлекая аргументов из области морали⁴.

Антитезис: мораль является неотъемлемым условием существования права.

Сторонники понятия естественного права опираются на идею о том, что из сущности человека или общества можно вывести правила, которые подходящим образом определяют позволительное поведение человека и послужат основой для справедливого решения социальных проблем⁵. В понятии естественного права проявляется определенный элемент ценностного идеала, который разделяет право как бытие (наличный

¹ Simmonds N. E. *Central Issues in Jurisprudence*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell Limited, 2008. С. 6.

² Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. С. 157.

³ Davies, H., Holdcroft, D. *Jurisprudence: Texts and Commentary*. Hampshire: Butterworths Law, 1991. С. 3.

⁴ Raz J. *The Authority of Law*. New York: Oxford University Press, 2009. С. 40.

⁵ Davies H., Holdcroft, D. *Op. cit.* С. 150.

порядок) и права как стремление (*par excellence* порядок)¹. Сторонники естественного права в оценке права пытаются найти те аспекты, которые определенное явление превращают в то, что мы можем назвать правом. В соответствии с одним из представлений в жизни человека есть определенные ценности, которые необходимо понять и развивать, чтобы жизнь обрела смысл. Эти ценности могут быть представлены в таких категориях, как: жизнь, знания, игра, эстетический опыт, социальность, практический ум и религия². Эти ценности являются основными и признаваемыми во всех обществах и в любых контекстах. Все иные стремления людей подпадают под эти категории, которые есть ценностное и направляющее действия людей.

Синтез: в праве должна быть системная индифферентная морали форма наряду с минимальным объемом морали.

Точки соприкосновения понятия права в системе правового позитивизма и понятия естественного права отражены в формуле Г. Радбурха. Сердцевиной этой формулы является тезис о том, что возможны столь несправедливые и наносящие вред законы, что их законность отрицается³.

Демонстрируя ситуацию, в которой сталкиваются очевидно различные, даже занимающие противоположные позиции группы аргументов, можно представить решение Верховного суда Литвы от 28 февраля 2011 г.⁴ Основные группы аргументов по этому делу можно схематически показать так:

1) Позиция истицы основывается на понятии и ценностях *естественного права*: Каунасский районный суд решением суда от 4 февраля 2004 г. признал ответчиков виновными в геноциде, и приговорил к лишению свободы, и удовлетворил право истицы на возмещение убытков, рассматривая вопрос об их размерах в рамках гражданского процесса. По словам истицы, из-за умышленных действий ответчиков она лишилась отца и дяди, поэтому она и члены ее семьи испытали большие душевные переживания и страдания, депрессию, унижения, ухудшение репутации, уменьшение возможностей общения, пришлось менять фамилию, скрываться. Обобщая аргументы истицы, которые связаны с применением понятия естественного права, можно утверждать, что истица по существу опирается на принцип правосудия, заявляя, что она имеет конституционное право на возмещение ущерба.

2) Группа аргументов ответчиков, вообще отрицающая возможность возмещения нематериального ущерба, основывается на понятии *правового позитивизма*: ответчики указали, что ни в каком

¹ Kelsen H. *Grynoji teisės teorija*. Vilnius: Eugrimas, 2002. С. 88-89.

² Davies H, Holdcroft, D. *Op. cit.* С. 187.

³ Radbruch G. *Five Minutes of Legal Philosophy // Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26. No. 1. 2006. С. 1

⁴ Решение Верховного суда Литвы от 28 февраля 2011 г. по гражданскому делу 3К-7-70/2011.

гражданском законе нет даже намека на возможность требовать возмещения морального ущерба за действия, произведенные до вступления в силу Гражданского кодекса в 2001 г.¹ Это подтверждает один из важнейших принципов гражданского права – гражданский закон не имеет обратной силы. Возмещение ущерба является разновидностью гражданской ответственности и может быть применено, лишь когда ответственность установлена законом. Ответственность в соответствии с правом (законом) нельзя презюмировать, в ее отношении нельзя применять аналогий по праву или закону. Группа аргументов ответчиков основывается на понятии позитивного права и связана с идеей об отсутствии в момент нанесения ущерба истце закона, который бы предусматривал возможность возмещения морального ущерба.

Верховный суд Литвы отдал свою преференцию аргументам, основанным на понятии естественного права, *inter alia*, указывая, что правовое регулирование спора и обоснование иска истцы и требования возместить причиненный ущерб определенными исключительными основаниями – преступлением против человечности (геноцидом) – определяют, что суды, рассматривавшие дело, осуществляя правосудие, для разрешения спора должны были напрямую применять положения 2-ой части 30 статьи Конституции Литовской республики², заполняя правовые пробелы *ad hoc* и применяя право. Судебное решение по существу основывается на доктрине понятия естественного права и таким образом отрицают идеи правового позитивизма о внутренней непротиворечивости права. В этом деле *особое нанесение ущерба, производя преступление против человечности*, было признано обстоятельством, позволяющим не применять ясно утвержденных позитивным правом положений.

Постоянство *versus* изменчивость

Тезис: право обеспечивает стабильность.

Стабильность в праве по сути может быть одновременно связана с по меньшей мере двумя понятиями права: понятием естественного права и правовым позитивизмом. В понятии естественного права стабильность права проявляется в идее неизменных ценностей, а в позитивном праве – через стабильность утвержденных правовыми актами норм, их редким изменением.

Антитезис: правовые ценности изменчивы.

Идея изменения ценностей выражена в трудах сторонников правового реализма. Правовой реализм – это понятие права, ориентированное на реальное отправление права. В широком смысле различают две школы правового реализма: американский и скандинавский правовой реализм. Представители американского правового реализма

¹ Гражданский кодекс Республики Литвы. 01.07.2001 №. VIII-1864.

² «Возмещение причиненного лицу материального и морального ущерба устанавливается законом»

подчеркивают, что понимание права зависит от восприятия того, как работают суды, и от анализа реальных действий юристов. Основные понятия права должны быть определены в соответствии с реальностью¹. Основа скандинавского правового реализма – психологический выбор поведения человеком. Научный способ познания невозможно объяснить понятиями метафизических категории (права, обязанности и т.п.), каждое из которых является предметом личной оценки, психологическим фактом². Сторонники правового реализма формировали понимание права как в конкретном месте, в определенное время происходящего процесса применения права или стиля правовых рассуждений³.

Синтез: содержание правовых ценностей изменяется в зависимости от фактических обстоятельств каждой ситуации.

Примером, иллюстрирующим соотношение между функцией обеспечения стабильности права и социальными изменениями, послужит постановление Верховного административного суда Литвы от 25 января 2010 г.⁴. В этом деле рассматривался вопрос об оценке внеочередной аттестации нотариуса. Нотариус оспаривал в его отношении отрицательное решение Комиссии по аттестации нотариусов и другие связанные акты. Одна из групп аргументов, примененных нотариусом, была связана с утверждением, что Нотариальная палата, в которой и действовала оценивавшая деятельность нотариуса комиссия, в период оценки деятельности нотариуса не была зарегистрирована в регистре юридических лиц, а значит фактически в то время и не было такого субъекта, как Нотариальная палата. Этот аргумент ориентирован на идею стабильности, *inter alia*, указывая на правовой принцип *Ex iniuria jus non oritur*.

Суд указал, что лишь одно фактическое обстоятельство отсутствия регистрации Нотариальной палаты в регистре юридических лиц не определяет незаконность ее деятельности, а также деятельности ее юридических составляющих. Принимаемое решение *не может основываться только на примате законности, ибо в таком случае главенствовал бы формализм, игнорировались бы живые социальные процессы, возникла угроза, и даже в определенном ракурсе вред, социальной функции права;* в принятии решения также следует руководствоваться критериями правосудия и разумности. Таким образом суд оказал предпочтение аргументации, основанной на динамичности правовых отношений, отмечая идею абсолютизации стабильности права.

¹ Davies H, Holdcroft D. Op. cit. С. 446.

² Davies H, Holdcroft D. Op. cit. С. 422.

³ Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy. London: Butterworths Law, 1989. С. 198.

⁴ Постановление Верховного административного суда Литвы от 25 января 2010 г. по административному делу А⁵⁵⁶-205/2010.

Цели сообщества *versus* формальные ограничения

Тезис: право должно ориентироваться на существующие коллективные цели.

Право существует в обществе, и общество оценивает право через призму своих убеждений. Человек оценивает решение суда по своему представлению о том, что справедливо, что ошибочно, поэтому и решение суда представляется ему справедливым, если оно соответствует его личным стандартам добра и зла. В праве выражено стремление гармонизировать индивидуальное понимание права каждым индивидом с общественным пониманием морали¹. Общественное понимание формирует и то, как судья понимает, каким образом должно интерпретироваться право. Одним из возможных взглядов на то, к чему стремится право, является понимание права как явления, направленного на общее благополучие². Так, общественное благополучие трактуется как общая цель права и таким образом обоснованное понятие права постулирует идею общественного интереса через стремление к приоритетам большинства.

Антитезис: необходимо ограничивать воздействие общественного интереса, обеспечивая стабильность права.

Подход общества к определенным явлениям соответствует взглядам общества в определенное время, принимая во внимание множество факторов, на определенной территории. Однако подстройка права к взглядам общества может быть весьма проблематична и не обеспечит реализацию таких функций, как *согласованность* права и общественное равенство. На основе позитивизма можно сделать попытку найти настоящие условия действия морального права или требования правосудия, которые не поддаются субъективной оценке ситуации на основе ценностной ориентации определенного человека³. Стабильность права и общественное равенство – постулаты, которые применяются и могут быть противопоставлены социологическому подходу, поскольку стабилизирующие общество его внутренние аспекты по сути воплощают ту же цель – *обеспечение стабильности*.

Синтез: общественный интерес не абсолютен, его можно ограничивать.

Отождествление права с общественным интересом, думается, привело бы к полной правовой неопределенности о практике судов, поэтому во все времена делаются попытки создать защитные механизмы

¹ Pound R. The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice // Annual Report of American Bar Association. No 395. 1906. С. 899.

² Kosatj V. Dominuojantys teisės tikslai // Teisė, t. 2010. № 77. С. 100.

³ См. подробнее, например: Scalia A. The Rule of Law as a Law of Rules // Chicago Law Review. 1989. № 56. С. 1175-1188.

самого права. В любом случае общественный интерес воздействует на право, вопрос в том, каковы границы действия этого интереса в праве.

В одном из своих разъяснений Конституционный суд Литовской республики явно подтвердил идею о том, что общественный интерес не может быть *prima facie* аргументом в ситуации, в которой есть иные, такому положению противоречащие аргументы¹. Рассматривая вопрос о положении Закона о гражданстве², в соответствии с которым гражданство в исключительном порядке может быть предоставлено, если это связано с общественным интересом или прославлением имени Литовской республики, законодатели предоставление гражданства в исключительном порядке связали с дополнительными альтернативными условиями, одно из которых - именно общественный интерес. Значит, в соответствии с таким положением доказанный общественный интерес в конкретном случае может обусловить предоставление гражданства. Конституционный суд это положение признал противоречащим Конституции, указав, что спорное положение закона о гражданстве означает, что гражданину другого государства может быть предоставлено гражданство Литовской республики вне зависимости от того, имеет ли данное лицо или нет особые заслуги перед Литовским государством, связано ли оно фактическими связями с Литовским государством, интегрировано ли оно в литовское общество. Такое правовое регулирование в понимании Конституционного суда несовместимо с конституционным понятием гражданства Литовской республики, оно безосновательно расширяет возможности для лиц, имеющих гражданство других государств, приобрести гражданство Литовской республики в обход условий, установленных в 12 статье закона о гражданстве и положении 2-ой части 12 статьи Конституции³. Конституционный суд в данном постановлении ясно подтвердил, что создание определенных исключений не может обосновываться общественным интересом как существу единственным аргументом, а основным аргументом Конституционного суда послужило формальное, зафиксированное в Конституции, требование.

Итак, различные понятия права ведут к различным правовым аргументам. Каждое понятие права обладает определенными характерными элементами, каковые могут не совпасть или даже противоречить соответствующим элементам другого понятия права такого же уровня. Однако плюрализм понятий права может помочь найти наиболее близкое к пониманию правосудия решение. В практике литовских судей бывают различные взгляды на то, что есть право к конкретной ситуации. Именно в судебной практике проявляющиеся

¹ Решение Конституционного суда Литовской Республики от 13 ноября 2006 г.

² О гражданстве: Закон Республики Литвы. 17 сентября 2002 г. IX-1078.

³ За исключением установленных законом отдельных случаев, никто не может быть одновременно гражданином Литовской Республики и другого государства.

моменты взаимодействия конкурирующих понятий права помогают найти и выделить аргументы, вытекающие из применяемого в конкретной ситуации понятия права.

СТАТУС ПРАВОНАРУШИТЕЛЯ

Петрова Наталья Викторовна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В настоящее время вопрос правового статуса правонарушителя составляет важное направление как общетеоретических, так и отраслевых юридических наук. Это обусловлено целым рядом объективных причин, в том числе происходящими в современных государствах процессами демократизации и гуманизации социально-правовой действительности. Как верно подчеркивают ученые, правовой статус - это одна из важнейших политико-юридических категорий, которая "неразрывно связана с социальной структурой общества и состоянием законности"¹. Однако, несмотря на наличие многочисленных работ, посвященных правовому статусу, ученые до сих пор не пришли к единому мнению о содержании этого понятия и его структуре. Все они рассматривают правовой статус только с положительной стороны, статус же правонарушителя имеет негативную окраску.

Сам термин "статус" означает "положение", "состояние"². Каждый индивид как член общества занимает в нем определенное положение, т.е. обладает социальным статусом. В частности, как только индивид становится членом государственно-организованного общества, строящегося на правовых началах, его социальный статус приобретает правовую форму через закрепление в соответствующих юридических нормах. Таким образом, правовой статус в самом общем виде можно определить как правовое, т.е. юридически закрепленное, положение личности в обществе. Однако в юридической литературе даже эта весьма абстрактная дефиниция вызывает дискуссии, в частности, по поводу

¹ Лукашева Е.А. Правовой статус человека и гражданина // Права человека / отв. ред. Е.А. Лукашева. М., 2000. С. 91.

² Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1991. С. 762.

соотношения понятий "правовой статус" и "правовое положение". Проблема здесь состоит в том, какие элементы включать в данные понятия. Очевидно, что правовое положение (или статус) индивида определяется в первую очередь его юридически закрепленными правами и обязанностями. Ученые предлагают раскрывать правовое положение индивида более широко, комплексно, не сводя его лишь к системе юридических прав, свобод и обязанностей. Так, в качестве элементов правового статуса предлагают рассматривать: правовые нормы, устанавливающие данный статус; правосубъектность; основные права и обязанности (как ядро правового статуса); законные интересы; гражданство; юридическую ответственность; правовые принципы; правоотношения общего (статусного) типа и др.¹ В ответ на подобное расширение традиционной дефиниции Н.В. Витрук предлагает различать два самостоятельных понятия: правовое положение (статус) личности в широком смысле и правовое положение (статус) в узком смысле - отражающих явления, реальную связь между которыми можно определить как отношение целого и части. И далее ученый предлагает обозначить первое понятие чисто терминологически, условно, как правовое положение, а второе - как правовой статус, несмотря на этимологическое тождество терминов "положение" и "статус".

На наш взгляд, данные понятия должны использоваться как взаимозаменяемые. Тем более что и в действующих нормативных актах РФ понятия "правовой статус" и "правовое положение" используются законодателем, как правило, как синонимы. Например, ст. 2 Федерального закона "О статусе судей в РФ" указывает: "Все судьи в Российской Федерации обладают единым статусом. Особенности правового положения некоторых категорий судей, включая судей военных судов, определяются федеральными законами, а в случаях, предусмотренных федеральными законами, также законами субъектов Российской Федерации. Особенности правового положения судей Конституционного Суда Российской Федерации определяются федеральным конституционным законом"². Аналогичную синонимию мы находим и в ст. 2 Закона РФ "О статусе военнослужащих"³.

Более удачным представляется использование уже устоявшегося понятия, а именно понятия "правовой статус", который, однако, должен рассматриваться в узком и широком смыслах (как предлагает, например, В.И. Новоселов⁴). Ядром, стержнем данной модели выступают юридические права и обязанности личности. Они составляют содержание

¹ Матузов Н.И. Указ. соч. С. 269.

² О статусе судей в РФ: Закон РФ от 26 июня 1992 г. N 3132-1 // Российская газета. 1992. 29 июля.

³ О статусе военнослужащих: Закон РФ от 27 мая 1998 г. N 76-ФЗ // Российская газета. 1998. 2 июня.

⁴ Матузов Н.И. Правовой статус личности: понятие, структура, виды // Теория государства и права / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М., 2001. С. 264.

правового статуса, или правовой статус в узком смысле слова¹. В качестве элементов правового статуса также указываются устанавливающие статус лица правовые нормы, его правосубъектность и гражданство. На наш взгляд, данные качества не определяют, а предопределяют, т.е. обуславливают, правовой статус лица, т.е. фактически здесь смешиваются причина и следствие. Поэтому правовые нормы, устанавливающие статус лица, правосубъектность и гражданство, выступают, по нашему мнению, основаниями, предпосылками правового статуса личности. Именно их наличие делает правовой статус "функционирующим, действенным для личности"². То есть они могут быть включены в юридическую конструкцию правового статуса, но не в его содержание. При этом нормы права будут выступать своего рода юридическим основанием правового статуса, в то время как правосубъектность и гражданство можно рассматривать как фактическое его основание.

Что касается предлагаемого учеными включения в правовой статус как самостоятельного элемента юридической ответственности, то, на наш взгляд, это вряд ли принципиально необходимо. Претерпевание негативных последствий личного, материального или организационного характера за совершение правонарушения есть не что иное, как обязанность правонарушителя. Таким образом, способность нести юридическую ответственность охватывается понятием деликтоспособности, а само несение негативных последствий входит в содержание правового статуса как обязанность правонарушителя.

Правовой статус (в узком смысле) правонарушителя это юридически закрепленное положение в обществе, состоящее из юридических прав, обязанностей, а также правовых норм, устанавливающих данный статус.

Анализ позиций ряда авторов, позволяет сделать вывод о понятийном совпадении правового статуса индивида и правонарушителя. Особенность правового статуса правонарушителя проявляется в наполнении содержания самого статуса.

В зависимости от характера правоотношения, определяющего вид юридической ответственности, а также ее целей, статус правонарушителя может изменяться.

Так, ответственность в публичном праве имеет своей целью наказание преступника, совершившего уголовное преступление, как способ восстановления социальной справедливости и исправления осужденного, а дополнительной целью является предупреждение совершения новых преступлений.

¹ Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 26.

² Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М., 1979. С. 32.

В процессе привлечения к ответственности правонарушитель приобретает специальный правовой статус, включающий ряд ограничений прав и свобод, дополнительные обязанности, юридические гарантии от произвола.

Например, уголовно - исполнительный кодекс РФ в ст.10 устанавливает правовое положение осужденных, указывая, что при исполнении наказаний осужденным гарантируются права и свободы граждан Российской Федерации с изъятиями и ограничениями, установленными уголовным, уголовно-исполнительным и иным законодательством Российской Федерации.

Таким образом, специальный правовой статус ограничивает общий правовой статус посредством введения запрета на реализацию ряда права (например, ограничения связанные с гражданской службой¹, ограничение права избираться и быть избранным², права на признание безработным³ и т.д.).

Основная же цель ответственности в частном праве - это возмещение причиненного вреда, а также нравственно-психологическое воздействие на правонарушителя и других лиц, формирование у них установок на проявление степени заботливости и осмотрительности, какая требуется от субъекта права по характеру обязательств и условиям гражданского оборота.

Правонарушитель может осуществить восстановление прежнего состояния, возмещение нанесенного ущерба добровольно, на основе соглашения с потерпевшей стороной. Если возникающие в результате правонарушения обязанности не осуществляются добровольно, то потерпевший использует меры правовой защиты, в результате чего правонарушитель принуждается государством в лице его компетентных органов и должностных лиц в специально предусмотренных законом процедурах к соблюдению своих невыполненных обязанностей и тем самым несет гражданско-правовую ответственность.

Гражданский кодекс РФ устанавливает общие основания и пределы ответственности, вытекающие из обязательств вследствие причинения вреда (ст. ст. 1064 - 1083), в том числе регламентирует возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью граждан (ст. ст. 1084 - 1094), а также возмещения вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, работ или услуг (ст. ст. 1095 - 1101). Согласно ст. 1064 ГК РФ вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред,

¹О государственной гражданской службе Российской Федерации: Федеральный Закон от 27 июля 2004г. №79 // СПС «КонсультантПлюс».

² Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: Федеральный Закон от 12.06.2002 г. N 67// СПС «КонсультантПлюс».

³ О занятости населения в Российской Федерации Закон РФ от 19 апреля 1991г. N 1032-1 // СПС «КонсультантПлюс».

причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. В то же время законом обязанность возмещения вреда может быть возложена: а) на лицо, не являющееся причинителем вреда, б) за вред, причиненный правомерными действиями.

Лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Законом может быть предусмотрено возмещение вреда и при отсутствии вины причинителя вреда. В возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя вреда не нарушают нравственные принципы общества.

Таким образом, в частном праве специальный правовой статус правонарушителя не ограничивает общий правовой статус.

В заключение хотелось бы сказать, правовой статус правонарушителя - это сложное, собирательное понятие, отражающее весь комплекс связей человека с обществом, государством и другими окружающими людьми.

Отсутствие принципиальных отличий понятий статус правонарушителя и индивида совсем не свидетельствует об их отождествлении. Наличие ряда особенностей статуса правонарушителя свидетельствует о необходимости его закрепления как вида специального правового статуса в рамках теории права.

ОСОБЕННОСТИ УГОЛОВНОГО ПРАВА СМОЛЕНСКОЙ ЗЕМЛИ (НА ПРИМЕРЕ ДОГОВОРА С РИГОЙ И ГОТСКИМ БЕРЕГОМ 1299 ГОДА)

Пищулина Анна Юрьевна,
студентка 1 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Емцов Григорий Николаевич,
к.ю.н., доцент кафедры истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Период феодальной раздробленности в истории российского государства и права отличается наличием огромного количества белых пятен. Представления о развитии правового регулирования черпаются, главным образом, из текста немногих сохранившихся юридических памятников той эпохи. Но если Псковская и Новгородская судные грамоты уже давно стали предметом детального анализа, то целый ряд других

документов «обделены» таким вниманием. К ним, в частности, относится смоленский Договор с Ригой и Готским берегом.

История текста Смоленского договора 1229 г. и его списков может быть вкратце сведена к следующему. В январе-феврале 1229 г. князь Мстислав Давыдович Смоленский направил своих послов – попа Еремея и сотского Пантелея – с проектом договора («Правды») в Ригу, где было подписано соглашение. Оставив в Риге русский противень договора, послы взяли с собою противень на латинском языке, в дальнейшем положенный в основу изучения данного памятника. В самой «Правде» 37 статей, и к ней было приложением соглашение 1230-1270 годов, дополняющее статьи «Правды»: всего в нем 24 статьи. По мнению А.А. Зимина, источниками Договора были Русская Правда, а также договоры Полоцка с Ригой 1210 и 1212 гг.¹

Сравнение смоленского текста с предшествующим русским законодательством позволяет говорить о том, что значительная часть норм Договора была заимствована из Русской Правды². К ним относятся: штраф за убийство свободного человека и холопа, штрафы за нанесение увечий, двойной штраф за убийство и нанесение увечья послу или попу, запрещение насильственных применений ордалий и поединка в случае споров, возникающих между представителями договаривающихся сторон, санкционирование расправы русских и немецких купцов с ворами, захваченными ими на месте преступления.

Но наряду с ними встречаются и такие нормы, которые отсутствуют как в Русской правде, так и в первых московских кодексах³. В частности, речь идет о статьях 4-й, 11-й, 12-й и 13-й смоленского Договора.

Статья 4-я устанавливает гарантии неприкосновенности русских купцов, находящихся в Риге и на Готланде, в случае совершения ими каких-либо уголовных деяний. Статьи Пространной правды не устанавливают таких гарантий, в этом отношении данная норма является новой. В Судебнике 1497 года есть лишь одна статья, в которой конкретно говорится об иноземцах (ст. 58). В ней определяется порядок разрешения споров между чужеземцами-иностранцами («а который чюжоземец на чюжоземце чего взыщет»). О неприкосновенности же русских купцов ни в Судебнике, ни в Русской правде не говорится. Скорее всего эти вопросы регламентировались международными соглашениями. Поэтому вполне логично, что в смоленском Договоре данный вопрос нашел свое отражение.

¹ Памятники Русского Права / под ред. А.А. Зимин. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1953. С. 55-98.

² Русская Правда и Псковская Судная грамота: материалы к изучению истории государства и права России / сост. С.А. Бердникова, О.П. Подосенов. Красноярск, 2002. С. 146.

³ См.: Судебник 1497 года: материалы к изучению истории государства и права России / сост. С.А. Бердникова. Красноярск, 2005. С. 48.

Статьи 11-я и 12-я посвящены преступлениям против нравственности (прелюбодеяние, изнасилование). Очевидно, что Договор отличает прелюбодеяние (ст.11) от насилия (ст.12). За прелюбодеяние полагалось 10 гривен серебра, за насилие над «вольной женой» полагалось 5 гривен серебра, за насилие над рабою - 1 гривна серебром. По ст. 88 Пространной правды 20 гривен кун платилось за убийство женщины, но про насилие или прелюбодеяние ничего не сказано. По Судебнику вопросы нравственности решалось церковным судом.

Статья 13-я запрещает незаконное задержание (арест) русских, немцами и наоборот, что свидетельствует о торговой направленности политики смоленских князей. Статья не имела аналогов в Пространной правде. В Судебнике лишь упоминается о том, что несправедливый суд может стоять места чиновнику его осуществившему (ст. 19).

В Договоре присутствуют также другие интересные нормы, которых не удалось обнаружить в иных источниках права того времени: запрет на поток и разграбление (статья 6-я), регулирование порядка выставления свидетелей при спорах, возникающих между русскими и иностранцами (статья 8-я).

Договор Смоленска с Ригой и Готским берегом является ценным источником для характеристики развития русского уголовного, гражданского и судебного права в период феодальной раздробленности. Он также наглядно показывает, как русское феодальное право оказывало серьезное влияние на формирование международного права той эпохи. Наконец, Договор 1229 года позволяет в известной мере судить об общественном и политическом строе Смоленска и русских земель в период феодальной раздробленности.

СТРУКТУРА ПРАВОВОГО РЕЖИМА

Подлюбникова Елена Васильевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Право - это многогранное, сложное явление, которое изучается на протяжении длительного времени. Право призвано регулировать общественные отношения, и в этом его цель. Правовое регулирование

существует, когда право находится в динамике. А как только мы начинаем рассматривать право в динамике, то становится невозможным обойти такое явление, как правовой режим.

Вопрос о правовом режиме сегодня становится все более популярным, актуальным.

Дискуссия среди ученых по вопросу о том, что такое правовой режим, какова структура правового режима все, не утихает. В науке нет единого мнения по этому поводу, и ни правоприменитель, ни законодатель ответа на вопрос не дают. Законодатель просто использует такую категорию, как правовой режим в нормативно-правовых актах, не раскрывает его структуру, элементы и сущность. Конституционный суд как орган, дающий толкование Конституции РФ в соответствии со ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации¹», в своих решениях² также использует категорию правового режима, не поясняя ее.

Научная и практическая значимость проблемы определяется тем, что изменившееся время, условия для деятельности людей требуют применения новых, ранее не применявшихся, либо модернизированных, обновленных правовых режимов, отвечающих потребностям времени, происходящих изменений, связанных с появлением новых веяний, нетрадиционных для права и общества субъектов и объектов права, с интенсивным развитием различных форм собственности, частного права, предпринимательской и иной экономической деятельности, переориентацией на другие, более совершенные и свободные, доступные методы правового регулирования, сменой запрета на дозволения, изменением типа правового регулирования в некоторых отраслях права.

Какова же структура правового режима? Каковы его составные элементы?

Единой точки зрения по данному вопросу не существует. Все позиции авторов можно разделить на следующее:

1) В структуру правового режима включают юридические средства, такие как дозволения, запреты и обязывания. Данной точки зрения придерживаются С.С. Алексеев, Л.К. Терещенко.

2) В структуру правового режима включают только два элемента: права и обязанности субъекта. Эту точку зрения поддерживают В.А. Дозорцев³, М.И. Васильева⁴.

¹ О Конституционном Суде Российской Федерации : ФКЗ от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ // Российская газета. 1994. № 138 – 139. 23 июля.

² Постановлении от 7 июня 2000 г. № 10-П По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" // СПС «КонсультантПлюс»

³ Дозорцев В.А. Понятие секрета промысла («ноу-хау») // Вестник ВАС РФ. 2001. №7.

⁴ Васильева М.И. Природоресурсные факторы энергетики в российском законодательстве // Энергетическое право. 2010. № 1.

3) Структура правового режима - это правило, закрепленное в норме. Данную точку зрения высказывает И.В. Трофимчук.¹

4) Ряд ученых (А.А. Долгополов²) дополняют первую позицию такими элементами, как наличие льгот, поощрений, гарантий в структуре правового режима. Также в структуру правового режима включают правовой статус личности. Такую позицию высказывает А.Н. Померлян³, включая все вышеперечисленное в структуру правового режима, в том числе объект правоотношений, права и обязанности субъектов правоотношений, правоприменительные акты, меры принуждения и другое.

Рассмотрим каждую из представленных позиций. Итак, первая позиция - правовой режим состоит из юридических средств, а именно дозволений, запретов и обязываний. С.С. Алексеев уже в определении правового режима указывает на его структуру, говоря, что правовой режим «выражен комплексом правовых средств, характеризующих <...> сочетание <...> дозволений, запретов, позитивных обязываний».⁴ Фундамент соответствующих режимов составляет общие дозволения и общие запреты. Такая структура вызвана тем, что правовой режим - это динамика права. То есть правовой режим связан с правовым регулированием. А в правовом регулировании существуют именно такие способы правового регулирования, как дозволения, обязывания и запрещения. Алексеев С.С. пишет: «Как правило, в основе юридических режимов лежит тот или иной способ правового регулирования. Применительно к каждому юридическому режиму можно <...> определить, что лежит в его основе - запрет, дозволение или позитивное обязывание...».⁵

Такую же точку зрения поддерживает и Л.К. Терещенко, говоря о правовом режиме информации: «Правовой режим информации - объектный режим, позволяющий обеспечить комплексность воздействия посредством совокупности регулятивных, охранительных, процессуально-процедурных средств, характеризующих особое сочетание дозволений, запретов и обязываний».⁶ Признаками правового режима информации являются правила, которые представляют собой систему, сочетающую в себе в различном соотношении запреты и обязывания, <...> и дозволения⁷.

¹ Трофимчук И.В. Государственное регулирование режима пребывания иностранных граждан в РФ // Миграционное право. 2009. № 3.

² Долгополов А.А. Правовые аспекты построения юридических конструкций административно-правовых режимов в сфере оборота оружия и взрывчатых веществ // СПС «КонсультантПлюс»

³ Померлян А.Н. Чрезвычайный правовой режим: проблема интерпретации правового регулирования // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1995. С. 243.

⁵ Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1995. С. 245.

⁶ Терещенко Л.К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. 2008. № 1.

⁷ Терещенко Л.К. К вопросу о правовом режиме информации // Информационное право. 2008. № 1.

Оснований не согласиться с данной точки зрения пока нет. Перейдем к анализу других точек зрения, для того чтобы подтвердить либо опровергнуть данную точку зрения.

Согласно второй точке зрения, правовой режим состоит только из двух элементов: прав и обязанностей субъекта.

Необходимо разобраться, что же такое права и обязанности субъекта.

Итак, А.В. Малько¹ определяет субъективное право как меру юридически возможного поведения, позволяющую субъекту удовлетворять его собственные интересы. Субъективное право есть средство для удовлетворения какого-либо интереса управомоченного лица для достижения определённого блага, ценностей. Юридическая обязанность есть установленная законом мера должного, общественно необходимого поведения, а также вид (линия) поведения. Через обязанность удовлетворяется интерес управомоченного в любом правоотношении. Юридическая обязанность - вид и мера государственно-целесообразного, разумного, полезного, объективно обусловленного поведения, призванного вносить порядок и "умиротворение" в жизнь. Обязанность - способ обеспечения прав, условие их реальности и эффективности.

С одной стороны, данная позиция не противоречит точке зрения С.С. Алексеева, ведь именно права и обязанности человека состоят из дозволений, запретов (т.е. пассивных обязанностей) и обязываний (т.е. активных обязанностей). Но все же первоочередным элементом будут именно средства (т.е. дозволения, запреты, обязывания), а от них производны права и свободы. Поэтому согласиться с данной точки зрения не представляется возможным. Данную теорию нужно либо свести (переработать) к первой точке зрения, либо отказаться от нее вовсе.

Третья точка зрения, заключается в том, что структура правового режима состоит из норм права. Норма права есть модель поведения и как таковая определяет границы возможных и должных поступков в тех или иных отношениях, тем самым обеспечивая меру свободы индивида². Норма права - это обязательное, формально определённое правило поведения, регулирующая внешнее поведение людей и обеспеченное государством.

Норма права имеет определённую структуру: гипотезу, диспозицию и санкцию. Следовательно, правовой режим должен состоять (его структура) из гипотезы, диспозиции, санкции. Но тогда встает вопрос, не отождествляем ли мы понятия правовой режим и норма права?

Правовой режим и норма права - это не одно и то же, отождествлять эти понятия нельзя.

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М: Юристъ, 2004. С 103.

² Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М: Юристъ, 2004. С. 144.

Если же мы соглашаемся с данной позицией, то остаются нерешенными вопросы, которые встают при рассмотрении вопроса о структуре нормы права (все ли элементы обязательны, может ли отсутствовать какая-то из частей и другие).

Таким образом, на наш взгляд, согласиться с данной позицией нельзя. Определять структуру правового режима, как правило, закрепленное в норме, слишком широко и неясны тогда особенности структуры правового режима, его элементный состав.

Теперь остановимся на вопросе гарантий, правовых стимулов, правового статуса субъекта.

Начнем с того, что правовые стимулы состоят из льгот и поощрений. Правовая льгота - это правомерные облегчения положения субъекта <...>, выражающиеся в предоставлении дополнительных прав и освобождении от обязанностей¹. Поощрение можно определить как меру стимулирования за правомерное поведение. Таким образом, льготы и поощрения - это меры обеспечения права, в том числе и средство применения или неприменения правовых режимов. Но в саму структуру правового режима они не входят. Это просто стимулы, катализаторы для использования правовых режимов.

Частота использования правовых режимов достигается путем существования льгот, которыми пользуется субъект. Такую же точку зрения в своей совместной работе высказывают А.В. Малько и О.С. Родионов².

Не благоприятность либо благоприятность же самих правовых режимов создают дополнительные запреты, обязывания, которые возлагаются на субъектов права, находящихся в регулировании правовых режимов или дозволениями, которые предоставляет режим.

Что касается вопроса включения гарантий как элемента структуры правового режима, то ответить на этот вопрос можно, раскрыв понятие гарантии. Гарантия - это обеспечение осуществления чего-либо³. Гарантии это обязательное для осуществления, то есть гарантии помогают реализовываться чему-либо. Гарантии это также средство обеспеченности права. Напрямую в структуру правового режима гарантии не входят, но отсутствие гарантий может привести к тому, что определённый правовой режим как один из способов правового регулирования перестанет действовать.

Относительно правового статуса субъекта, то в самом кратком виде правовой статус определяется в науке как юридически закрепленное положение личности в обществе. В основе правового статуса лежит

¹ Общая теория государства и права. Т 2. Теория права / под. ред. Марченко. М.:Зерцало, 1998. С. 488.

² Малько А.В, Родионов О.С. Правовые режимы в российском законодательстве // Журнал российского права. 2001. № 9.

³ Даль В.И Большой толковый словарь русского языка. М., 2002. С. 194.

фактический социальный статус, т.е. реальное положение человека в данной системе общественных отношений. Сердцевину, основу правового статуса личности составляют ее права, свободы и обязанности, закрепленные в Конституции и других важнейших законодательных актах. Это главным образом и определяет правовое положение личности в обществе, ее роль, возможности, участие в государственных делах. Разумеется, это положение зависит и от ряда других факторов. Право лишь закрепляет это положение, вводит его в законодательные рамки¹.

Данный статус влияет на конкретный круг прав и обязанностей конкретного субъекта, который действует в рамках правового режима. Но данный статус не определяет сам правовой режим, поэтому в его структуру не входит.

Что касается таких элементов, как объект правоотношений, мера принуждения, правоприменительный акт и других, то, по нашему мнению, элементами правового режима они не являются. Если данные элементы мы все же включим в правовой режим, то тогда либо произойдет отождествление правового режима с другими явлениями, юридическими конструкциями, либо данные элементы просто не будут иметь содержательной, сущностной характеристики.

На основании вышеизложенного считаем наиболее эффективной и оправданной точку зрения, согласно которой правовой режим в своей структуре состоит из юридических средств, таких как дозволения, запреты и обязывания.

Таким образом, правовой режим, явление хотя и не новое, но требующее дальнейшей детальной разработки. Всестороннее исследование природы, сущности, структуры, назначения правовых режимов, всего их многообразия и взаимодействия имеет важное значение как для деятельности людей, государства, в том числе правотворчества, так и для правоприменительной практики. Их основательный анализ может во многом содействовать совершенствованию механизма правового регулирования, повышению его эффективности.

Рассмотрев несколько точек зрения относительно структуры правового режима, мы пришли к выводу, что позиция С.С. Алексеева и Л.К. Терещенко является наиболее состоятельной, оправданной.

Хотя и другие точки зрения имеют право на существование, но у них есть ряд недостатков, которые являются существенными. Именно поэтому согласиться с другими авторами не представляется возможным.

В структуру правового режима входят запреты, дозволения и позитивные обязывания. Различное сочетание данных элементов определит содержание правового режима, его направленность, а также

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М: Юристъ, 2004. С. 98.

эффективность его применения. Данные характеристика правового режима являются ключевыми.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖЭТНИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ В ХОДЕ КАВКАЗСКОЙ ВОЙНЫ 1817-1864 ГГ.

Подъяпольский Сергей Александрович,
корреспондент журнала «Агро-Сибирь»

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Главной составляющей Кавказской войны 1817-1864 гг. была вооруженная борьба Российской империи и Северо-Кавказского имамата¹. При этом каждая из сторон осуществляла правовое регулирование, целью которого в военных условиях стало сплочение представителей различных этносов в достаточно организованную целостность, сочетавшееся с учетом местных обычаев и традиций.

Мыслитель А.А. Богданов ввел термин «конъюгация», обозначающий соединение различных систем (или, как их именовал автор, «комплексов»), в том числе и социальных². В качестве конъюгирующих комплексов он предложил рассматривать даже стороны вооруженного конфликта. По его мнению, последние «находятся во «взаимодействии», их элементы-активности перемешиваются, «вливают» одни на другие <...> в виде, например, захвата пленных и снаряжения, но также в виде обоюдного заимствования опыта <...> Сплочение общин, племен, народов в обширные общества достигалось в истории как путем войн, так и путем мирных сношений, дружественного обмена», причем «сами результаты далеко не предопределяются» характером процесса³.

Кавказская война, продолжавшаяся несколько десятилетий, породила сложные процессы межэтнического взаимодействия. В составе войск А.П. Ермолова была чеченская конница⁴, в 1855 г. под стенами Карса под командованием Н.Н. Муравьева сражались в том числе горские добровольцы⁵. Однако рядом со ставкой Шамиля располагались «русские

¹ Также известен как имамат Шамиля или имамат Чечни и Дагестана. Ввиду ограниченности объема, в данной статье не будет рассмотрен вопрос, являлся ли он вождеством или государством.

² См.: *Богданов А.А.* Тектология: всеобщая организационная наука. Т.1. М.: Экономика, 1989. С. 144.

³ Там же. С. 145.

⁴ Записки А.П. Ермолова. 1798-1826 гг. / сост. В. А. Федорова. М.: Высш. шк., 1991. С. 424.

⁵ См.: Казиев Ш. Имам Шамиль. М.: Молодая гвардия, 2006. С. 267.

слободки» со своими церквями и священниками, была у него и польская сотня¹.

Есть основания выдвинуть гипотезу, что одним из проявлений конъюгации стало заимствование методов правового регулирования, в частности, в сфере межэтнических отношений. Второй гипотезой является применимость к данному конфликту вывода, сделанного Г.Н. Емцовым в отношении гражданских войн, согласно которому в ходе последних обычно побеждает та сторона, которая смогла политически и юридически решить насущные проблемы населения².

К первым десятилетиям XIX в. Российская империя представляла собой крупное полиэтничное государство, сочетавшее централизацию со способностью проводить гибкую политику на этнически специфичных окраинах. Последняя могла варьироваться от подчинения территории в военно-стратегическом аспекте при сохранении местных традиций управления³ до «этнической инженерии» в форме переселения различных этнических групп.⁴

В первые десятилетия XIX в. к России перешел обширный район Кавказа и Закавказья, до прихода русских представлявший собой конгломерат различных ханств и горских обществ, многие из которых были непримиримыми противниками. К примеру, тушины враждовали с лезгинами⁵, а те, в свою очередь, с кахетинцами⁶; осетинов теснили с севера кабардинцы, а с юга грузины⁷. Отныне эти этносы были объединены в пределах общего замиренного пространства. Независимой, однако, оставалась северо-восточная часть Главного Кавказского хребта, населенная горскими этносами. Этот анклав оказался посреди российских

¹ Там же. С. 156-157. Кстати, говоря, Ш. Басаев происходил из аула Дышне-Ведено, основанного русскими перебежчиками. См.: Трошев Г. Моя война. Чеченский дневник окопного генерала. М.: Вагриус, 2001. С. 80.

² См.: Емцов Г.Н. Государство и право в условиях гражданской войны. Красноярск, ЮИ КрасГУ, 2006. С. 109.

³ К примеру, во главе Кубинского ханства попавшего под протекторат России в 1806 г., был поставлен представитель местной мусульманской знати — Хаджи-бек, которому было поручено по-прежнему управлять по адату, но под русским контролем. После отпадения и вторичного покорения этой территории в 1809 г. по приказу главнокомандующего И.В. Гудовича управление было передано совету из четырех важнейших беков, деятельностью которого руководил начальник размещенного в провинции русского отряда. Впоследствии эта практика не раз применялась в Грузии, Азербайджане и Южном Дагестане. См.: Бобровников В.О. Военно-народное управление на Северном Кавказе (Дагестан): мусульманская периферия в российском имперском пространстве, XIX—XX // <http://www.bestreferat.ru/referat-73973>

⁴ Так, в 1828 г. после покорения Ахалкалаков проживавшие там грузины-мусульмане были сосланы во внутренние районы Турции, а на территории города поселились армяне из Арзрумского вилайята. См.: Ахалкалаки <http://www.bestreferat.ru/referat-73973>

⁵ См.: Потго В.А. Кавказская война. Т. 5: Время Паскевича, или Бунт Чечни. М.: ЗАО Центрполиграф, 2006. С. 178.

⁶ См.: Там же. С. 49.

⁷ См.: Там же. С. 91.

земель, а переговоры с горцами о признании власти царя к успеху не привели¹.

А.П. Ермолов, назначенный в апреле 1816 г. командиром отдельного Грузинского (с 1820 г. – Кавказского) корпуса и управляющим по гражданской части на Кавказе и в Астраханской губернии,² пришел к выводу, что русское владычество в горах не выходило за пределы крепостей, и решил развернуть строительство, развитие торговли и ремесел³, однако был далек от мысли, что Кавказ можно подчинить лишь мирными средствами⁴. Он предложил Александру I перенести линию укреплений вглубь Дагестана и Чечни. Согласие императора было получено, и 12 мая 1818 г. войска перешли Терек. Месяц спустя на реке Сунжа была заложена крепость Грозная⁵.

А.П. Ермолов изучал и стремился использовать в своих интересах этнокультурные особенности горцев⁶. При этом в ходе военных действий он не останавливался перед жестокими мерами, напоминающими способы, которые использовались римлянами в ходе Галльской войны. Так, например, был разрушен до основания Трамов аул⁷, в Большом Джангатуе было приказано «все...истребить, кроме одной небольшой части селения, которую оставили в пользу пришедшим просить пощады»⁸. В ходе другого похода был, в частности, razорен Уллу-Айя⁹, после чего «многие старшины деревень пришли просить помилования», и их населенные пункты остались нетронутыми¹⁰. Важным элементом военной тактики, применявшейся А.П. Ермоловым в Чечне, стала рубка просек «от дороги на ширину ружейного выстрела в обе стороны», позволявших быстро и

¹ См., напр.: История России с древнейших времен до наших дней: учеб. Т. 2 / под ред. А.Н. Сахарова. М.: Проспект, 2008. С. 77.

² См.: Записки А.П. Ермолова. М., 1989. С. 10.

³ Для примера хозяйствования на Кавказе были даже поселены колонисты из Вюртембергского королевства. См.: Казиев Ш. Указ. соч. С. 23.

⁴ Он утверждал: «Кавказ – это огромная крепость, защищаемая полумиллионным гарнизоном. Надо штурмовать ее или овладеть траншеями. Штурм будет стоить дорого». Цит по: Записки А.П. Ермолова. М., 1989. С. 10.

⁵ Там же. С. 308.

⁶ Так, например, ведя боевые действия против аварцев, он велел «не побуждать неприятеля к действию; напротив, ничего решительно не предпринимая, дать время несогласию поселиться между ними; ибо без единоначалия и без привычки к послушанию необходимы будут различные мнения, и следствие оных – раздор». Там же. С. 310.

⁷ Там же. С. 311.

⁸ Там же. С. 320.

⁹ Разорение нужно было как памятник наказания гордого и никому доселе не подчинявшегося народа; нужно в наставление прочим народам, на коих одни примеры ужаса удобны наложить обуздание». Там же. С. 347.

¹⁰ «Не только не тронуты деревни их, ниже не позволено войскам приближаться к оным, дабы не привести в страх жителей. На полях хлеб их, все заведения и стада их остались неприкосновенными». Там же. С. 347-348.

беспрепятственно перемещать войска¹. Использовал он и стратегию «разделяй и властвуй», противопоставляя одни этносы другим².

А.П. Ермолов скептически относился к лояльности России многих владетелей, формально признавших ее подданство³. Вместе с тем он был противником поспешных преобразований⁴ и стремился сочетать обеспечение российских интересов с сохранением местных традиций. В частности, в Кабарде был «учрежден суд из князей и узденей на основании прежних их прав и обычаев», но при этом было «уничтожено вредное влияние... духовенства»⁵.

В 1827 г. по решению Николая I А.П. Ермолова сменил И.Ф. Паскевич⁶. Увлечшись покорением джарских лезгин, осетин и абхазов, этот руководитель почти не уделял внимания Дагестану, где вызревал мюридизм, представлявший собой мусульманское повстанческое течение, во главе которого стояли суфийские шейхи из братства Накшбандийя, провозгласившие священную войну против неверных⁷.

В 1830 г. состоялся съезд представителей народов Дагестана, на котором был избран имам - Магомед Гимринский⁸, известный как харизматичный духовный лидер и автор трактата, направленного против

¹ См.: Записки А.П. Ермолова. М., 1989. С. 423.

² К примеру, в один из походов он велел взять мехтулинцев, хотя в этом не было военной необходимости. Целью было «возродить за то вражду к ним акушинцев и поселить раздор, полезный на предбудущее время». Там же. С. 344.

³ В частности, об аварском хане он писал, что тот, «не знаю почему, получает жалованья по 5 тыс. рублей серебром, уверяя, что он нам приносит пользу влиянием своим на горские народы Дагестана, которых будто воздерживает от нападений на Грузию. Сему верили, многие из моих предместников, и я показываю ему вид до времени». Там же. С. 278. Дождавшись открытой измены, А.П. Ермолов лишил его и чина, и жалованья. См.: Там же. С. 320.

⁴ «В Ширванской провинции не мог я тех же ввести постановлений, как в Кубинской, ибо народ и самые беки не имели времени сделать к нам привычки по недавнему введению управления нашего». Там же. С. 399.

⁵ Там же. С. 379.

⁶ И.Ф. Паскевич так характеризовал систему власти, сложившуюся на Кавказе: «Везде учреждения временные; странная смесь российского образа правления с грузинским и мусульманским. Нет единства ни в формах управления, ни в законах, ни в финансовой системе» Цит. по: Казиев Ш. Указ. соч. С. 33. Поначалу он предлагал ввести на Кавказе российские законы и перейти к гражданскому управлению. По его мнению, оно «скорее умягчит нравы и вернее приучит к познанию взаимных отношений, общественных обязанностей и законов». Цит. по: Там же. Четыре года спустя эта идея была отвергнута его преемником Г.В. Розеном как несбыточная. См.: Там же. С. 51.

⁷ История России с древнейших времен до наших дней: учеб. Т. 2. С. 77. Потто В.А. указывает, что на протяжении столетий члены кавказских тарикатов стремились достичь вечного блаженства, соблюдая строгие посты и беспрекословно выполняя требования своих духовных наставников. Первоначально adeptам не разрешалось ношение оружия. Однако в 1820-х гг. это явление приняло иной характер. См.: Потто В.А. Указ. соч. С. 15-17. Исследователь отмечает: «истинных мюридов... было немного; их считали сотнями, тогда как становившихся под знамя мюридизма набирались десятки тысяч, но зато от этих последних не требовалось уже ничего, кроме строгого исполнения шариата, ... а из тариката – лишь основное правило его: слепое повиновение имамам». Таким образом, «под завесой религии» возникло «невиданное доселе братство в несколько десятков тысяч людей, не сильных в богословии, но глубоко проникнутых одной идеей – ненавистью к неверным». Там же. С. 17.

⁸ К его имени отныне было прибавлено слово «Гази», происходившее от слова «газават», означавшего борьбу за веру. См.: Казиев Ш. Указ. соч. С. 49.

местных обычаев – адатов¹. Ислам как основа объединения, русская армия как внешний враг, шариат как аргумент против различия традиций и мюридизм как средство поддержания дисциплины – это сочетание позволило в кратчайший срок создать из разрозненных в этническом и политическом отношении горских обществ силу, способную вести борьбу против России на протяжении десятилетий.

В октябре 1832 г. Гази-Магомед был убит во время штурма аула Гимры. Однако вскоре Гамзат-бек, избранный новым имамом, смог объединить вокруг себя почти весь нагорный Дагестан и занялся назначением наибов (наместников), формированием регулярной армии, созданием налоговой и финансовой системы, внедрением шариата и рассылкой эмиссаров в сопредельные территории².

Преемником Гамзат-бека, погибшего от рук кровников, стал Шамиль³, продолживший создание новой системы управления и освободивший рабов и зависимых крестьян. Часть прежней аристократии была изгнана, другая перешла на его сторону вместе с подданными. В 1839-41 гг. в имамате был принят низам – основанный на шариате свод законов, регулировавших практически все сферы общественной жизни: военную, административную, судебную и финансовую. Все противоречившие ему адаты были упразднены⁴.

Шамиль совершенствовал устройство армии, учредил воинские знаки отличия и награды⁵. Было учреждено около пятидесяти округов (наибств), делившихся на участки. Наибов назначал сам имам, иногда с учетом мнения местного населения. Они ведали военными и гражданскими делами, собирали налоги, заготавливали продовольствие, строили дороги и крепости, творили суд и расправу⁶. Имам уделял внимание созданию школ с обучением на арабском⁷.

Ш. Казиев утверждает: «национальные различия <...> ушли в прошлое. Аварцы, лакцы, даргинцы и множество других народов горной страны стали единым народом – дагестанцами, а национализм был объявлен тяжким преступлением»⁸. Сталкиваясь с непокорностью, Шамиль казнил зачинщиков, а остальных облагал штрафами или даже «расселял в другие общества, разрушая их прежние пристанища»⁹. После войны он признавал: «я употреблял против горцев жестокие меры: много

¹ Автор утверждал: «Нормы обычного права – собрания трудов поклонников сатаны». Цит. по.: Там же. С. 35.

² См.: Там же. С. 61-64.

³ См.: Там же. С. 66-69.

⁴ См.: Северо-Кавказский Имамат // <http://ru.wikipedia.org>

⁵ См.: Там же. С. 118-120.

⁶ Учитывая, что к ним должно было переходить имущество казненных, смертные приговоры Шамиль утверждал сам. См.: Там же. С. 130-131.

⁷ См.: Там же. С. 144-145.

⁸ Там же. С. 85.

⁹ См.: Там же. В частности, им был разгромлен высокогорный аул, считавшийся гнездом разбоя, а его жители были расселены в селениях, которые больше всего от них пострадали. См.: Там же. С. 141.

людей убито по моему приказанию <...> Бил я и шатойцев, и андийцев, и тадбутинцев, и ичкерийцев»¹. Однако и эти меры не помогли завершить объединение северокавказских этносов². Остались лояльны России кабардинцы, балкарцы, карачаевцы. Имамат разрывался внутренними противоречиями. Еще до его падения многие «горские общины вернулись в свое дореформенное, патриархальное состояние. Социальные и культурные привычки народа оказались сильнее диктатуры Шамиля»³.

В 1839 г. отряд П. Граббе взял крепость Ахульго, Шамилю лишь чудом удалось спастись. Победители разделили Чечню и Дагестан на приставства, потребовали полного подчинения, выдачи аманатов и по одному хорошему ружью с каждых десяти домов. На время удалось добиться покорности, но произвол чиновников и реквизиции скота побудили население перейти на сторону Шамиля⁴. Военная победа, не подкрепленная должной административной работой, оказалась недостаточной для прочного присоединения региона.

Вместе с тем уже в эти годы принимались меры, призванные привлечь горцев на сторону России. Е.А. Головин уделял большое внимание строительству дорог, а также укреплений, на базе которых создавались школы и базары⁵. Была введена должность «попечителя над горцами, прибывающими для работ, торговли и промышленности», для защиты их от притеснений⁶. Предлагалось противопоставить школам Шамиля учебные заведения с обучением на русском⁷.

В 1844 г. «наместником Кавказа» стал граф М.С. Воронцов, продолживший линию А.П. Ермолова в части строительства системы укреплений и вырубке широких просек⁸. В 1845 г. был взят аул Дарго, а три года спустя Гергебиль и Салты⁹. В 1852 г. русские войска разрушили аул Ханкала, переселив его жителей в Грозную. В этот период часть чеченцев перешла на русскую сторону¹⁰.

В 1852 г. Николай I утвердил положение Кавказского комитета об управлении покорными чеченцами, согласно которому населенные ими земли были разделена на округа «под управлением туземных старшин

¹ Цит. по: История России с древнейших времен до наших дней: учеб.: 2 т. Т. 2. С. 78.

² Политика Шамиля до сих пор вызывает противоречивые оценки среди населения Дагестана и Чечни. Негативно относятся к нему, в том числе, приверженцы тариката «кадирийя», чей шейх Кунта-Хаджи призывал смириться с русской властью во имя сохранения этноса. См., напр.: Добаев И. Российский Ислам: свои и чужие // <http://www.newsland.ru/news/detail/id/474436/>

³ Дегоев В. Имам Шамиль. Избранник и жертва Кавказской войны / В. Дегоев // Независимая газета. 1997. 6 марта.

⁴ См.: Казиев, Ш. Указ. соч. С. 96-100.

⁵ См.: Головин Евгений Александрович // <http://ru.wikipedia.org/>

⁶ См.: Казиев, Ш. Указ. соч. С. 160-161.

⁷ См.: Там же. С. 144-145.

⁸ См.: Там же. С. 183-184. См. также: Муханов, В.М. Покоритель Кавказа князь А.И. Барятинский . М.: ЗАО Центрполиграф, 2007. С. 270.

⁹ Воронцов Михаил Семенович // Интернет: <http://ru.wikipedia.org/>

¹⁰ См.: Муханов В. М. Указ. соч. С. 41.

(наибов), а в каждом ауле – аульных старшин, подчиненных окружным начальникам». Кроме того, по инициативе А.И. Барятинского, был создан чеченский народный суд «мехкеме», призванный противопоставить обычное право шариату, насаждавшемуся Шамилем. Он состоял из председателя, нескольких членов и муллы, причем голос последнего имел только совещательное значение¹.

В середине 1850-х гг. А.И. Барятинский составил служебную записку, где утверждал: «Прочность завоеваний <...> зависит от двух главных условий: хорошей системы военных действий и искусной, мудрой политики в управлении непокоренными странами»². Он полагал: «непримиримая <...> борьба за независимость возникает тогда только, когда существует убеждение, что цель завоевательных действий соседнего государства есть уничтожение веры, прав и собственности покоренных». Автор предлагал внушить, что «Государь не желает ни отнимать земли у туземцев, ни уничтожать их веру и изменять их обычаи», а стремится «упрочить» их быт и «возвысить его на ту же степень благоденствия, которою пользуются другие народы»³. Он утверждал: сравнение покажет выгоду замены «истребительной борьбы, бедной и кочевой жизни» мирным существованием «под сенью Русского Скипетра»⁴. Предлагалось также упрощение и вместе с тем повышение эффективности управления на местах⁵.

В 1856 г. А.И. Барятинский стал «наместником Кавказа». Вскоре успешные военные операции сделали неэффективными набеги горцев, а это привело к уменьшению доходов казны Шамиля и его наибов, многих из которых удалось переманить на сторону России. Эффективно применялись казачьи и туземные формирования⁶. Приносил успех подкуп должностных лиц имамата⁷. Не зря говорили, что «Шамиля всегда сопровождал палач, а Барятинского казначей»⁸. В 1859 г. Кавказская война была в целом завершена капитуляцией Шамиля и Мухаммед-Амина⁹.

Большое уважение горцев вызывало милостивое отношение князя к побежденным. Чеченцам он пообещал возврат земель, управление по адату

¹ См.: Там же. С. 42.

² Цит. по: Там же. С. 61.

³ Цит. по: Там же. 67

⁴ См.: Там же. 54/

⁵ Основу последнего, по мнению автора, должны были составить «выбор достойных людей, уменьшение числа местных начальств и большая самостоятельность их действий». Цит. по: Там же. С. 34.

⁶ См.: Там же. С. 93-98.

⁷ Как отмечает Казиев Ш. «Золотые ослы» Барятинского делали то, чего не могли сделать целые армии. Наибы предавали Шамиля, ворота крепостей легко открывались, а колеблющиеся отрекались от имама, не успев пересчитать сребреники». Казиев Ш. Указ. соч. С. 278.

⁸ Муханов В.М. Указ. соч. С. 99.

⁹ В отдельных районах сопротивление российской власти продолжилось и после этого. См., напр.: Цуциев А. А. Атлас этнополитической истории Кавказа (1774-2004). М.: Европа, 2006. С. 20. Рассмотрение истории мухаджирства выходит за рамки данной статьи.

и шариату, народные суды, освобождение на пять лет от податей, однако потребовал от них запрета кровной мести (против которой боролся и Шамиль)¹. Были закреплены права на землю и определен порядок получения местной знатью статуса дворян². Важным фактором в успокоении региона стало учреждение школ для распространения гражданственности и образования «между покорившимся мирными горцами»³.

На основании изложенного можно сделать вывод о наличии фактов, подтверждающих обе гипотезы, выдвинутые в начале этой статьи. В условиях борьбы против централизованной империи имамы принимали меры по упорядочиванию управления и придания единства разрозненной совокупности горских обществ. Российское же правительство переняло у имамов показавшую свою эффективность систему округов, управлявшихся наибами. Стороны пытались привлечь на свою сторону как горские элиты, так и большинство населения. Для этого они использовали в своих интересах «фактор ислама»⁴. Однако политика Шамиля по насаждению шариата оказалась менее успешной, чем меры царского правительства, предоставившие горцам самоуправление на основе адатов.

ТОЛЕРАНТНОСТЬ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПУБЛИЧНЫХ СУБЪЕКТОВ ПРАВА

Пономарева Лидия Петровна,
студентка 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Проблема толерантности уже не одно столетие занимает умы теоретиков, но в последние десятилетия она приобретает все большую популярность в связи с ее актуальностью, на почве увеличения очагов социальной напряженности, межэтнических, межрелигиозных конфликтов,

¹ См.: Казиев Ш. Указ. соч. С. 310.

² Особые права были признаны за сеидами – потомками основателя ислама Мухаммеда. См.: Муханов В.М. Указ. соч. С. 148-149.

³ Особое значение А.И. Барятинский придавал женским училищам, полагая, что их выпускницы смогут стать важным фактором улучшения местных нравов. См.: Там же. С. 163.

⁴ Примечательно, что императором был отклонен план по созданию общественной организации, заботящейся о распространении в регионе христианства. См.: Там же. С. 172.

дискриминации, проявлений экстремизма, шовинизма, ксенофобии и прочих разновидностей интолерантности. Подобное поведение дестабилизирует гражданское общество: приносит страх, неуверенность, что в свою очередь выражается в подозрительности и агрессивности населения, эти запущенные процессы могут привести к разрушительным последствиям как внутри государства, так и в рамках мирового масштаба, о которых нам известно из истории (например, гражданские войны за права человека, государственная раздробленность). Для предотвращения этого необходим определенный механизм, которым и является механизм формирования толерантного сознания, которое возникает не само по себе, не стихийно, а посредством воспитания, культивирования толерантно-правовых установок, профилактики фактов проявления нетерпимости как на индивидуальном, так и на общественном уровне. Одна из главных ролей в этом процессе принадлежит публичным субъектам права, различным социально-правовым институтам, к которым относится как само государство, в лице его государственных органов (законодательных, исполнительных, судебных), так и различные объединения, организации (как на государственном, так и на международном уровне).

Толерантность предполагает не снисходительность, а доброжелательность, готовность к уважительному диалогу и сотрудничеству.¹ Толерантность означает уважение, принятие и правильное понимание богатого многообразия культур нашего мира, наших форм самовыражения и способов проявления человеческой индивидуальности. Толерантность – это прежде всего активное отношение, формируемое на основе признания универсальных прав и основных свобод человека, это обязанность способствовать утверждению прав человека, плюрализма, демократии и правопорядка.² Толерантность - это и социальное явление, и ценность, это моральная и социальная норма в демократическом, правовом государстве, это тип поведения, который является результатом реализуемого сформированного положительного общественного правового сознания, правовой культуры, полученного образования, воспитания, и даже показателем определенного уровня интеллектуального развития общества. Привитие такого поведения – одна из задач субъектов различных социально-правовых институтов. Лишь в том случае можно говорить об эффективности их деятельности, если данные институты способствуют развитию социума, т.е. реализуют те социальные функции, задачи, которые на них возложены правовыми предписаниями и социальными ожиданиями, и своевременно совершенствуются в соответствии с общим направлением развертывания

¹ Толерантность / под ред. М. П. Мчедлова. М., 2004. С. 12.

² Декларация принципов толерантности», принята 16 ноября 1995г на 28-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО // СПС «КонсультантПлюс»

процессов модернизации российского общества. Тем не менее, для того чтобы реальное воплощение толерантности как функции социально-правовых институтов стало возможным, необходимы действенные законы, препятствующие возникновению и развитию различных форм интолерантности. На сегодняшний день российское законодательство нуждается в изменениях и дополнениях, поскольку на практике возникает немало ситуаций, когда из-за отсутствия должного правового регулирования происходит ущемление прав граждан. Например: 18 февраля 2010 года авиакомпания «Сибирь» отказала в регистрации на самолет, вылетающий рейсом 026 Москва-Казань, инвалиду по зрению первой группы Павлу Обиуху. По словам Обиуха, представитель «Сибири» обосновал отказ тем, что согласно внутренней инструкции человек с инвалидностью по зрению не может лететь без сопровождения другого человека или собаки-поводыря. Вместе с тем, по заявлению региональной общественной организации инвалидов «Перспектива», членом которой является Обиух, при бронировании билета инвалид предупредил заранее авиакомпанию о том, что он слеп.¹ В прошлом году представители той же авиакомпании отказались пустить инвалида-колясочника Наталью Присецкую в самолет без сопровождающего лица. Девушка подала в суд на авиакомпанию. В своем иске Присецкая требовала в качестве компенсации морального ущерба 1 млн. рублей и штраф. Черемушкинский суд Москвы частично удовлетворил ее требования, взыскав с авиакомпании «Сибирь» 50 тыс. руб. в качестве возмещения морального ущерба, а также штраф в пользу государства в размере 25 тыс. рублей.² Возникновение подобных ситуаций связано не только со значительными правовыми недоработками в регулировании отношений, возникающих между инвалидами и другими субъектами, но и с высоким уровнем нетерпимости и безразличия в обществе.

Если затрагивать проблему толерантности в области регионального и внутригородского управления, то прежде всего необходимо преодолеть взаимное отчуждение, безразличие между обществом и властью, которые на данный момент проявляются с завидным постоянством. Так, руководство городов работает, опираясь, прежде всего, на свою точку зрения и свои интересы. Теоретически работники городских органов управления - это представители народа и выразители его воли и интересов, но в реальной жизни попасть на прием в кабинет высокопоставленного городского чиновника для рядового гражданина - практически невыполнимая задача. Представители муниципалитетов не стремятся к привлечению населения к управлению городом, отсутствует восприятие горожан как полноценных, равноправных субъектов управления, не

¹ www.Kommentarii.ru.

² Там же.

разработана реально действующая система связей между народом и властью.

Городское население, лишенное полноценного влияния на положение дел в местах своего проживания, видя безразличие и пренебрежение со стороны городских органов управления его мнениями, ожиданиями, требованиями, все больше теряет доверие к своим избранникам и веру в возможность каких-либо изменений к лучшему.

Обеспечение толерантности в современных городах России - трудная задача, сложность ее состоит в том, что на протяжении многих десятилетий в стране господствовало непримиримое, недоверчивое отношение ко всему, что делалось властями.

Неудовлетворительное социально-экономическое и материально-бытовое положение людей, помноженное на безразличное отношение властей к такому положению, приводит к закономерному результату - нетерпимому отношению к политике властей, неприятию политических решений.¹ Зачастую интолерантность между городской властью и населением провоцирует возникновение конфликтов, впоследствии это может привести к разрушению социального единства.

Формами проявления конфликтов со стороны городского населения являются: во-первых, скрытое противостояние, проявляющееся в критике, осуждении, невосприимчивости действий местного начальства, гражданском неповиновении, игнорировании выборов, протестном голосовании и т.д.; во-вторых, явное (открытое) противостояние, к распространенным видам которого можно отнести демонстрации, митинги, забастовки, голодовки с предъявлением к власти разного рода требований.

Подобные негативные процессы в сфере городского пространства могут быть преодолены посредством проведения политики, основанной на формировании толерантности в обществе.

Толерантность необходимо рассматривать как средство, при помощи которого достигается компромисс в спорных, конфликтных ситуациях. Она является формой конструктивного, партнерского взаимодействия между органами власти и населением, основанной на принципах сотрудничества и взаимного уважения мнений сторон.

Поэтому только при наличии обоюдного интереса к совместным действиям возможно построение реально и эффективно действующей системы управления. Возникновение толерантности невозможно там, где царят нищета, бюрократия, ущемление прав и свобод человека. Взаимопонимания между структурами управления и народом возможно добиться посредством эффективных действий органов муниципальной власти по решению проблем населения. Выполнение этой задачи требует пересмотра отношения к человеку, он должен рассматриваться как клиент

¹ Актуальные аспекты проблем толерантности в современном мире: материалы международной научно-практической конференции / под ред. И.Л. Перовой. СПб., 2004. С. 102-109.

и потребитель услуг, предоставляемых властью, следовательно, развитие муниципального образования должно быть на таком уровне, который был бы способен обеспечить комфортные условия для человеческого проживания, направлен на удовлетворение материально-экономических, социальных и культурных потребностей. Результативность управления на основе норм толерантности (как регионом, так и городом) напрямую зависит от того созданы ли условия, обеспечивающие достойную жизнь человеку, ее высокий уровень и качество.

Эффективность предпринимаемых мер в данной сфере во многом зависит от степени взаимодействия субъектов друг с другом, от воплощения принципов толерантности в своей деятельности, от того, насколько высок процент принятия толерантности самими сотрудниками государственных органов, общественных объединений, организаций, образовательных учреждений.

Так, осязаемый вклад в процесс формирования установок толерантности могло бы внести взаимодействие органов внутренних дел, образовательных учреждений и общественных организаций. Для этого цели этих субъектов должны быть направлены на создание положительного общественного и правового сознания, культуры, отторжение неприязни, ненависти и других интолерантных проявлений. По мнению профессора С. Боронбекова, это взаимодействие должно определяться рядом аспектов. Во-первых, участие общественных организаций и органов милиции в проводимом воспитательном процессе среди школьников, студентов и молодежи в целом¹, в данном направлении они могут принимать участие в непосредственном правовом воспитании учащихся (принятие Федерального закона «О полиции» не изменило суть аспектов обозначенных С. Боронбековым). Так, согласно Закону РФ «О полиции» (ст. 12) на полицию возлагается обязанность: выявлять причины преступлений и административных правонарушений и условия, способствующие их совершению; принимать в пределах своих полномочий меры по их устранению; выявлять лиц, имеющих намерение совершить преступление, и проводить с ними индивидуальную профилактическую работу; участвовать в профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних; участвовать в пропаганде правовых знаний;² то есть осуществлять общие и индивидуальные профилактические мероприятия. Исходя из контекста данного закона, органы полиции, в том числе профессорско-преподавательский и курсантско-слушательский состав учебных заведений МВД России, должны вести постоянную правовоспитательную работу среди школьников и молодежи. Эта работа должна

1 Взаимодействие органов внутренних дел, образовательных учреждений и общественных организаций в деле формирования установок толерантности и борьбы с экстремизмом в российском обществе. Рязань, 2002. 132 с.

2 О полиции: Закон РФ от 07 февраля 2011 г. № 3-ФЗ // СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 900.

базироваться на изложении содержания правовых норм в неразрывной связи с опытом правоприменительной деятельности, в том числе и судебной практики.

Особо важно разъяснить молодежи механизм формирования ненависти, источниками которой служат предвзятое и нетерпимое отношение к лицам другого происхождения. Практика свидетельствует, что такое отношение у молодежи, как правило, формируется вследствие отсутствия достоверной информации, низкого образовательного и культурного уровня, искаженного восприятия национальных интересов государства.¹ Поэтому, на наш взгляд, было бы целесообразно ввести в программу среднего общего образования как уроки толерантности, так и уроки патриотического воспитания, эти меры поспособствуют гармоничному развитию личности, и впоследствии, более тесной консолидации общества.

Во-вторых, участие общественных организаций, особенно тех, которые сформированы по национальному и религиозному признаку, в проведении истинно национального и религиозного воспитания молодежи. Здесь речь не идет об однобоко национальном и сугубо религиозном воспитании. Речь может идти о разъяснении молодежи истинных ценностей наций и народностей, населяющих Россию, основных канонических ценностей их религий.

В-третьих, помощь органам полиции со стороны образовательных учреждений и общественных организаций. Образовательным учреждениям известно, какие формальные и неформальные молодежные группы наиболее распространены и в каких задействованы учащиеся, студенты данного учебного заведения. Образовательные учреждения могут помочь органам полиции в установлении психологического контакта с молодежью, проведении профилактических мероприятий посредством правового воспитания, привлечения молодежи к охране общественного порядка.

В-четвертых, предупредить экстремизм и преступления, совершаемые на почве национальной, расовой, религиозной ненависти, возможно при непосредственном воздействии всех социальных структур общества, особенно правоохранительных органов с образовательными учреждениями и общественными организациями.

Тем не менее, некоторые аспекты вышеизложенной стратегии внедрения толерантности в российское общество пока несколько утопичны. К сожалению, факты проявления нетерпимого, преступного поведения со стороны сотрудников правоохранительных органов, в последнее время с завидным постоянством транслируемые СМИ, свидетельствуют о низком уровне толерантности в соответствующих

¹ Там же.

структурах, формируют негативное отношение к ним со стороны населения, подрывают авторитет. Поэтому, полагаю, тесное, конструктивное сотрудничество между гражданами и правоохранительными органами в деле формирования толерантности, на данный момент, невозможно. Для начала необходимо попытаться «привить» идеи терпимости сотрудникам этих органов посредством повышения уровня правового, светского образования и воспитания. Именно для этой категории служащих, специализирующихся на восстановлении нарушенных прав человека, касающихся национального достоинства, следует организовать специальную дополнительную профессиональную подготовку, а в юридических вузах и учебных заведениях МВД - давать знания, необходимые для осуществления профессиональных функций в многокультурной среде.

Важнейшим условием для принятия обществом толерантности как нормы, является государственное и общественное устройство, создающее условия для согласия между группами с разными культурами, интересами, потребностями, взглядами, это возможно только в демократическом, правовом государстве, которое не может существовать без толерантности. Российская Конституция 1993 г. соответствует международным правовым нормам, демократическим принципам и дает основания для политической, межэтнической, конфессиональной толерантности. Так, в ней говорится о недопустимости межрелигиозной, межнациональной розни, сохранении языка и культуры народов, самоопределении. Уголовный кодекс Российской Федерации содержит статьи, предусматривающие наказание за разжигание межнациональной и межрелигиозной розни, а также за оскорбление национальной чести и достоинства. Тем не менее, в сфере государственных органов еще немало людей, для которых толерантность не стала необходимым элементом их профессионального мышления.

Роль государства в деле создании благоприятного климата для укоренения и поддержания толерантности заключается в обеспечении общественного порядка, безопасности граждан, конечно, это не единственная функция, но на практике она выступает в числе основных. Для этого государство должно предпринимать своевременные и необходимые меры для защиты граждан от различных противоправных действий, дестабилизирующих общество (например, террористических актов, которые приносят в социум страх, неуверенность в завтрашнем дне, разочарование в способности государства (прежде всего, в «лице» силовых структур) предотвратить подобные злодеяния). Трагические события, произошедшие в московском метро в марте 2010 года, всколыхнули весь мир. Некоторые СМИ сообщали: «Столичные силовики могли еще несколько дней назад знать о готовящихся терактах в московском метрополитене <...> об этом говорит то, что с середины

прошлой недели жители стали замечать дополнительные милицейские наряды в городе».¹ Также 28 марта в московскую милицию позвонила женщина и сообщила, что в метро может произойти взрыв, который готовят жители Чечни.² Конечно, как сообщают те же источники, предпринимались различные меры по предотвращению теракта, но все же он произошел.

Это свидетельствует о том, что в системе, направленной на обеспечение безопасности, имеются существенные недоработки, необходимо модернизировать механизм надзора: существенно увеличить число камер наблюдения в крупных городах, возможно даже установление прослушки и слежки органами безопасности в отношении тех субъектов, которые вызывают подозрение в их причастности к совершенным террористическим действиям или подозрение в намерении их совершить. Невозможно быть толерантным к подобным проявлениям интолерантности, когда существует угроза безопасности государства и его гражданам, необходимо предпринимать эффективные меры: если правоохранным органам становится известно, что возможно проведение террористических действий лицами кавказской национальности, то досмотр субъектов, которые даже в малой степени вызывают подозрения в их причастности, не следует расценивать как проявление дискриминации по расовому признаку.

На международном уровне одной из главных задач является правовое обеспечение противодействия социальной агрессии посредством согласования национальных законодательств. Международная практика идет по пути создания модельных законопроектов, на основе которых в дальнейшем создаются кодексы, правовые институты. Так в 1991 г. Комиссия международного права ООН приняла в первом чтении проект Кодекса о преступлениях против мира и безопасности человека, который принят как модельный на 46 сессии Комиссии в 1994 г. Также под эгидой ООН были приняты десятки международных конвенций, создавших на глобальном уровне международно-правовую основу для успешного противодействия посягательствам на общественную и личную безопасность, угрозам нормального развития подрастающих поколений; актам агрессивной нетерпимости к наименее защищенным социальным группам. К ним относятся:

- Конвенция относительно рабства (1926 г.);
- Конвенция о предупреждении преступлений геноцида и наказания за него (1948 г.);
- Всеобщая декларация прав человека (1948 г.);
- Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (1950 г.);

¹ www.top.rbc.ru.

² www.newsru.com.

- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1966 г.);
- Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979 г.);
- Конвенция о борьбе с захватом заложников (1979 г.);
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1984 г.) и др.

Международно-правовые акты ограничивают возможности для проявления нетерпимости в наиболее опасных формах, тем самым способствуя созданию конструктивной толерантности, основополагающей идеей которой является уважение и сотрудничество.

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ «ЗАКОННОСТЬ»

Ростовцев Евгений Геннадьевич,
аспирант кафедры теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Законность – одна из ключевых категорий юридической науки и практики. Проблема законности имеет фундаментально-прикладной характер, она неоднократно становилась темой научных дискуссий.

Говорить о единстве во мнениях исследователей относительно понимания категории «законность» не приходится. Различие мнений обусловлено проблемой правопонимания, соотношения права и закона.

Различные мнения, взгляды и позиции концентрированно можно представить в виде двух основных подходов к понятию «законность».

Представители одного из них, сторонники юридического позитивизма, отмечают, что законность есть строгое и неуклонное осуществление всеми субъектами законов и подзаконных нормативно-правовых актов (М.С. Строгович¹, А.С.Пиголкин²). Во многом на взгляды этих авторов значительное влияние оказало и время, в которое они работали, и господствовавшая идеология. Однако и среди современных

¹ См.: Строгович М.С. Основные вопросы советской социалистической законности. М.: Наука, 1966. С. 11.

² См.: Пиголкин А.С. Право, законность, гражданин. М.: Юридическая литература, 1976. С. 58.

исследователей также встречаются сторонники данного подхода. Так, например, Ю.И. Гревцова отмечает, что законность – это «установленный порядок течения жизнедеятельности в обществе, который согласуется с законом»¹.

В последнее время набирает силу иной подход к понятию «законность». Его представителями являются сторонники естественно-правовых теорий, которые понимают законность как требование следовать не любому, а только правовому закону. Так, например, Н.В. Витрук определяет законность как «идею, требование и систему (режим) реального выражения права в законах государства, в самом законотворчестве»².

Но прежде чем перейти к анализу вышеуказанных подходов, хотелось бы обратиться к двум неординарным жизненным ситуациям, которые переводят вопрос понимания законности в практическую плоскость и явно демонстрируют остроту данной проблемы.

Одна из них это история Екатерины Германовны Захаровой, которая при помощи генетического материала, искусственного оплодотворения и суррогатной матери смогла произвести на свет ребенка от своего сына, умершего задолго до зачатия этого ребенка. Когда бабушка пришла в ЗАГС, чтобы документально зарегистрировать факт появления внука, ей выдали свидетельство о рождении ребенка с чужой фамилией. Нестандартно родившийся ребенок не вписывался в существующее российское законодательство о регистрации детей. По закону такой ребенок существовать не может. Если папа мертв, его имя нельзя вносить в свидетельство о рождении. Не предусмотрено законом и то, что на свет могут появиться дети от давно ушедших из жизни людей. Лишь только в суде, и то частично, Екатерине Германовне удалось отстоять свою позицию³.

С подобной проблемой, но уже через пять лет, пришлось столкнуться и Наталье Юрьевне Климовой, у которой также, после смерти сына при помощи суррогатной матери на свет появился внук. Наталья Юрьевна с медицинским свидетельством о рождении и с письменным согласием суррогатной матери пошла в ЗАГС для получения свидетельства о рождении. Но там ей отказали, несмотря на то, что это был уже не первый подобный случай в нашей стране. Не вникнув в нестандартную ситуацию, не пожелав разобраться в тонкостях закона, ЗАГС просто переадресовал Климову в суд. Работники ЗАГСа объяснили это тем, что процедура суррогатного материнства предусмотрена российским законодательством

¹ Правовой режим законности: теория и история: материалы межвузовской научно-теоретической конференции // Правоведение. 2001. № 5. С. 264.

² Витрук Н.В. Законность и правопорядок // Теория государства и права: учебник / под ред В.К. Бабаева. М.: Юрист, 2003. С. 527.

³ См.: Добрынина С. Жизнь после смерти // Российская газета. 2006. № 3981. С. 8; Добрынина С. Бабушку считать мамой // Российская газета. 2006. № 4025. С. 26.

только для супружеских пар. А в браке Наталья Юрьевна не состоит. Спор так же был разрешен только в судебном порядке¹.

Безусловно, в данном случае существует недоработка законодателя, имеет место пробел в нормативном регулировании. Однако и к работе правоприменителя возникают вопросы.

Подобное упорство правоприменителей, в данном случае должностных лиц органов ЗАГС, поражает. Представляется, что причины данного явления кроются в формальном отношении к понятию «законность». В данном случае В.М. Шафиров замечает, что «в его основе лежат идеи о праве как строгом, формальном, чисто внешнем, ограничивающем свободу, обязательно-принудительном явлении. Следуя таким "правовым курсом", стоящие на страже законности органы власти, должностные лица вовсе не обязаны вникать во все особенности процессов, происходящих в обществе. Ведь их основная задача – действовать самым строго и неукоснительно в рамках установленных правил и обеспечивать законопослушание со стороны граждан»². К сожалению, эта многолетняя практика до сих пор является преобладающей в работе правоприменительных органов.

Несомненно, представители юридического позитивизма, в частности Н. Г. Александров, А. С. Пиголкин, М.С. Строгович и многие другие внесли существенный вклад в развитие теории законности. Однако на сегодняшний день, с учетом положений Конституции РФ, остро стоит вопрос переосмысления правовых категорий на основе современного (конституционного) правопонимания. В связи с этим наиболее предпочтительным представляется не противопоставление естественного и позитивного начал в праве, а их диалектическое взаимодействие. Суть данной идеи, применительно к заявленной теме, состоит в следующем:

1. Право не всегда совпадает с законом, не сводится к нему. Закон может как соответствовать праву, так и расходиться с ним. Право как свойство личности возникает вне и до закона³. Оно имеет собственное бытие. Закон – это лишь одна из форм выражения права, которая находится в диалектическом взаимодействии с его содержанием.

Из приведенных выше примеров видно, что законодатель не всегда успевает за изменениями в обществе. Но подобные ситуации предопределены тем, что общество - это динамичная, саморазвивающаяся система. Таким образом, неизбежно возникают ситуации, когда общественные отношения уже сложились, а необходимого нормативно-

¹ См.: Новоселова Е. Весь я не умру // Российская газета. 2010. № 5304. С. 11; Новоселова Е. В ответе за тех, кого получили // URL: <http://www.rg.ru/2010/10/22/rebenok.html>.

² Шафиров В.М. Законность и современное правопонимание // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 46: сб. ст. / ред. М.М. Журавлев, А.М. Барнашов, В.М. Зуев. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2010. С. 6.

³ См.: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: Введение в теорию. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 60.

правового акта еще не существует. Также, следует отметить, что закон как конкретный нормативно-правовой акт лишь условно можно признать совершенным. Он является результатом деятельности соответствующих органов и должностных лиц, а значит, несмотря на все старания законодателей, несет в себе субъективные начала. Не принижая значения субъективной составляющей в нормотворчестве, следует отметить, что закон может и не отражать объективные правовые общечеловеческие идеалы и ценности, потребности и интересы человека и, что самое нежелательное, им противоречить. Подтверждением тому являются примеры из юридической практики. Так, УПК РФ (в редакции Федерального закона от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ) предусматривал возможность следователя или дознавателя возбудить уголовное дело о преступлении частного обвинения и при отсутствии заявления потерпевшего, если данное преступление совершено в отношении лица, находящегося в зависимом состоянии или по иным причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами. Таким образом, законодатель не учел вопрос «Как следует поступать в том случае, если данные о лице, совершившем преступление, неизвестны?». И с этой проблемой в Мурманске столкнулся гражданин Илькевич. Неизвестный причинил легкий вред его здоровью. Первоначально Илькевич обратился в суд, но в связи с тем, что потерпевший не смог сообщить данные о лице, совершившем преступление, судья направил его заявление в прокуратуру. Прокурор же возвратил материалы обратно в суд, сославшись при этом на вышеуказанные положения УПК РФ. И только после обращения в Конституционный суд РФ некоторые положения УПК РФ были признаны несоответствующими Конституции¹, а в законодательство внесены соответствующие изменения.

Таким образом, возможность неадекватного законодательного отражения сущности и содержания права (как общей меры свободы и справедливости) в конкретной норме позитивного закона дает основание различать право и закон.

2. Необходима оценка законов с позиции человеческого измерения.

Основой данной оценки являются общепризнанные принципы и нормы международного права, которые являются составной частью правовой системы РФ (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ); положения Конституции РФ, провозглашающие человека, его права и свободы в качестве высшей ценности (ст. 2 Конституции РФ), которые действуют

¹ См.: О проверке конституционности положений ч. 2 и 4 ст. 20, ч. 6 ст. 144, п. 3 ч. 1 и 2 ст. 319 УПК РФ в связи с запросами Законодательного Собрания Республики Карелия и Октябрьского районного суда города Мурманска: Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2005г. № 7-П // СЗ РФ. 2005. № 28. Ст. 2904.

непосредственно, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления (ст. 18 Конституции РФ). Конституцией также установлен запрет на принятие в РФ законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 55).

3. Результатом взаимодействия естественного и позитивного начал в праве являются новые качественные образования – **правовой закон и правовая законность**.

Существенный вклад в разработку теории правового закона внес академик В.С. Нерсисянц, который отмечал, что «лишь будучи конкретизацией объективно обусловленных свойств права, закон становится правовым законом. Правовой закон – это и есть право, получившее официальную форму признания, выражения и защиты»¹. Именно в правовом законе дух права и юридическая буква, соединившись, взаимно дополняют, обогащают друг друга, становятся неразделимыми².

Смысл правозаконности, по мнению С.С. Алексеева, заключается в строжайшем, неукоснительном проведении в жизнь не любых и всяких норм, а принципов и норм гуманистического права – фундаментальных, основных прав человека, общедемократических правовых принципов, частного права, независимого правосудия³.

4. **Идея правовой законности – привить «вкус» к праву**. То есть сформировать в правосознании идею необходимости такого реально правомерного поведения всех участников общественных отношений, при котором не оставалось бы места для произвола, фактически достигалась бы всеобщность права, действительная реализация субъективных прав⁴.

5. **При реализации правовой законности в каждом конкретном случае необходимо исходить из смысла законодательства независимо от того урегулированы, данные отношения, конкретными нормами или нет**⁵.

Некоторые авторы высказывают опасения относительно применения данного положения. Так, например, Н.И. Матузов говорит о том, что «в абстрактно-теоретическом плане различие права и закона безобидно <...> Но на практике их излишнее отдаление друг от друга, разрыв, возвеличивание одного и умаление другого неизбежно порождают негативные последствия»⁶. Ю.А. Тихомиров отмечает, что «оценка законов, всех юридических актов становится произвольно-субъективным делом. Законодательству наносится тяжелый удар, разрушается единая

¹ Нерсисянц В.С. Право – математика свободы. Опыт прошлого и перспективы. М.: Юрист, 1996. С. 17.

² См.: Шафиров В.М. Естественное-позитивное право: Введение в теорию. Красноярск, 2004. С. 62.

³ См.: Алексеев С.С. Философия права. М.: Норма, 1998. С. 328–329.

⁴ См.: Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1995. С.267.

⁵ См.: Шафиров В.М. Установление смысла законодательства и аналогия права // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 2-3.

⁶ Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. - Саратов, 2002. - С. 240.

база общеобязательности. Всем дается легальный повод игнорировать законы, у граждан вновь формируются мотивы правового нигилизма»¹.

Безусловно, опасения выдающихся исследователей современности имеют под собой основания. Однако реализация неправового закона ставить под сомнение правомерность действий субъектов права. Таким образом, широкое применение усмотрения, опираясь на принципы права, смысл законодательства, является необходимым процессом. И для того чтобы в данном случае преодолеть возможные негативные последствия, при реализации права следует менять отношение к подготовке квалифицированных юридических кадров и правовому образованию в целом. В данном случае идет речь о качестве подготовки, которая должна быть направлена на выработку автономности, инициативности, творчества при достижении юридического результата, с опорой на общечеловеческие идеалы и ценности.

6. Законность является одним из условий достижения основной цели правового регулирования – правопорядка. Представляется, что **правопорядок возможен лишь при условии реализации в обществе правовой законности.**

Для того чтобы перейти к дефиниции понятия «законность», необходимо остановиться еще на нескольких дискуссионных вопросах.

Один из них - это вопрос о законности требования исполнения и соблюдения абсолютно всех нормативных правовых актов или только законов. В данном случае заслуживает поддержки позиция Л.А. Морозовой, которая пишет о том, что «понимание законности как исполнения всех нормативных правовых актов, всех норм права объективно принижает значение и престиж закона в системе законодательства государства. Закон обладает такими свойствами, которые присущи только ему и сообщают закону высшую юридическую силу и высшую ступень в иерархии актов»².

Другим дискуссионным положением является вопрос относительно определения субъектов законности. Одни авторы в качестве субъектов законности называют только должностных лиц (Н.В. Витрук³), другие - всех субъектов права (В.В. Лазарев⁴). Представляется, что основой здесь должны стать положения ч. 2 ст. 15 Конституции РФ, где отмечается, что «органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы». Таким образом, субъектами законности являются все субъекты права.

¹ Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия: власть и правопорядок // Государство и право. 1994. № 1. С. 3-6.

² Морозова Л.А. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2002. С. 274.

³ См.: Витрук Н.В. Законность и правопорядок. М., 1984. С. 528-529.

⁴ См.: Общая теория государства и права: учебник / под ред. В.В. Лазарева. М.: Юрист, 2001. С. 147.

Также, отсутствует единое мнение среди исследователей о том, является ли законность принципом права, методом осуществления государственной власти или же режимом (состоянием) общественной жизни. В данном случае наиболее предпочтительным видится комплексный подход к понятию «законность». Представляется, что каждое из этих положений – это лишь отдельный аспект характеристики сложного и многогранного явления.

Таким образом, в самом общем виде, *законность* можно определить как *принцип, метод или режим реализации субъектами права законодательства, в котором отражены правовые принципы, общечеловеческие идеалы и ценности, насущные потребности и интересы человека.*

ПРАВОВАЯ ЭКСПЕРТИЗА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

Рудюк Дарья Юрьевна,
студентка 1 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

На пути к обеспечению социально-экономической стабильности страны задачей государственной политики является обеспечение безопасности личности, общества и государства. Это достигается укреплением правопорядка, принятием законных и обоснованных правовых актов, а также грамотных управленческих решений. Ввиду этого всё большую актуальность приобретает производство правовой экспертизы.

Этимологический термин «экспертиза» происходит от латинского «*expertus*» - знающий по опыту, опытный, испытанный, изведанный.

Проведение экспертизы - весьма сложная, ответственная и трудоемкая деятельность, предполагающая соблюдение определенных правил, процедур и условий. Экспертизы широко применяются на практике и играют значительную роль в жизни общества¹. Среди них:

¹ Андреев И.С. Системный подход к понятию экспертизы нормативного правового акта // Журнал российского права. 2001. № 6.

биологическая, медицинская, искусствоведческая, лингвистическая, техническая, экономическая, научная, а также правовая экспертиза.

Правовая экспертиза — это исследование, проводящееся экспертом по решению или поручению уполномоченных на то лиц либо без такого, но в силу прямого указания нормативных правовых актов, основанное на применении специальных знаний с целью использования его результатов в юридической деятельности.¹

Для правовой экспертизы характерно:

- осуществление ее специалистом (экспертом) на основе накопленных профессиональных знаний и собственного опыта эксперта;
- оформленность в соответствующем процессуальном порядке с целью обеспечения принятия ответственного решения по исследуемому вопросу.

Статус многих экспертиз до сих пор законодательно не определен, причем потребности юридической практики в данной сфере остаются весьма высокими.² В последнее время сделан акцент лишь на антикоррупционной экспертизе, подготовлен пакет нормативных документов: Федеральный закон «О противодействии коррупции» от 25 декабря 2008 года³, Федеральный закон «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» от 17 июля 2009 года⁴; Постановление Правительства РФ «Об утверждении Правил проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции» от 5 марта 2009 года⁵ и др.

Правовая экспертиза является фактором эффективности правотворчества, правореализации и правоинтерпретации, вспомогательным компонентом при принятии юридически значимых решений.⁶

Принятие юридически неграмотных, неэффективных законов ведет к возникновению коллизий в праве, утверждению социальной несправедливости в государстве. По мнению Н.В. Мамитовой, на качестве юридической практики сказывается недостаточность научной обоснованности законопроектов⁷. Именно правовая экспертиза может улучшить качество издаваемых законов. Однако профессор С.В. Поленина ставит под вопрос объективность проводимых экспертиз: «Проблема

¹ Закиров И. А. Правовая экспертиза: дис... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2008.

² Мамитова Н.В. Правовая экспертиза Российского законодательства: вопросы теории и практики // Государство и право. 2010. №11. С.5.

³ См.: Собрание законодательства РФ. 2008. №52. Ст. 6228.

⁴ См.: Собрание законодательства РФ. 2009. №29. Ст. 3609.

⁵ См.: Собрание законодательства РФ. 2009. №10. Ст. 1240.

⁶ Закиров И. А. Правовая экспертиза: дис... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2008.

⁷ Мамитова Н.В. Правовая экспертиза Российского законодательства: вопросы теории и практики // Государство и право. 2010. №11. С.12.

состоит в том, что выбор экспертов сам по себе полностью оставлен на усмотрение приглашающих должностных лиц, далеко не всегда являющихся специалистами в соответствующей области. Отсюда – исходящий от должностных лиц социальный заказ нередко прямо или косвенно включает в себя и запрограммированный желательный ответ на поставленную проблему».¹ Таким образом, правовая экспертиза в правотворческом процессе играет важнейшую роль, но она должна быть законной, профессиональной и независимой.

Правовая экспертиза выступает инструментом для ликвидации информационной недостаточности, неопределенности, с которой сталкиваются субъекты правовых отношений.² Поэтому она стала неотъемлемой частью правоприменительной деятельности. Особо часто правоприменитель обращается к различным видам судебной экспертизы (судебно-медицинская экспертиза, судебная инженерно-техническая экспертиза, судебная экономическая экспертиза и др.). Но это вызывает немало проблем, поскольку экспертиза как общеправовая категория не имеет четкой регламентации в законодательстве. Это привело к формированию «размытого» представления о правовой экспертизе, а также к отсутствию общих принципов и критериев, отличающих ее от других процессуальных действий.

Вышеизложенное дает основание полагать, что правовая экспертиза как явление изучена недостаточно, исследования по этой проблеме проводятся в большей степени ситуативно. Необходимо разработать понятие правовой экспертизы, создать новый закон.

¹ Поленина С.В. Гласность в деятельности правотворческих органов // Правотворческая политика в современной России. Сборник научных трудов по материалам всероссийского «круглого стола» / под общ. ред. А.В. Малько, Н.В. Исакова, А.П. Мазуренко. Саратов. 2009. С.25.

² Закиров И.А. Правовая экспертиза: дис... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2008.

О ЛИЧНЫХ КАЧЕСТВАХ ПРАВИТЕЛЯ

Рушелюк Сергей Игоревич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Под правителем понимается лицо, обладающее суверенной властью государства. Основное требование к правителям было сформировано Платоном. Согласно его взглядам, правители должны быть лучшими во всех отношениях, чтобы иметь возможность улучшить остальных. Самое большое горе в государстве для человека - быть под властью лица худшего, чем он¹. Ведь в этом случае правление не улучшает, а ухудшает людей.

Это платоновское правило на всех этапах исторического развития проводится в жизнь в меньшинстве, а не в большинстве политического властвования. Такая ситуация подтверждается примерами и монархических, и республиканских государств.

Отсюда встает вопрос, почему так обстоят дела? Для ответа на него сначала обратимся к теоретическому положению, сформулированному итальянским мыслителем Н. Макиавелли. Он писал, что от правителя требуются большая проницательность и ум, чтобы организовывать начала наилучшего правителя, в случае, когда формируется государство, базирующееся на неопробованных установлениях. В остальных ситуациях правителем может быть посредственное лицо, потому что его основной задачей является только санкционирование нормальной работы существующих социальных учреждений.

В политической практике случаи организации новых начал государственной жизни встречаются гораздо реже, чем ситуации, когда государство функционирует на основе давно утвердившихся принципов. Уже это обстоятельство способно дать возможность понять, почему имеется довольно много правителей, которые не блистают выдающимися политическими способностями.

Второе обстоятельство, объясняющее этот факт, заключается в ограничении деятельности правителя государства имеющимися

¹ Дробышевский С.А. История политических и правовых учений. М., 2007.

структурами государственного аппарата¹. Как известно, речи правителя пишут чиновники, чиновниками же подготавливается его политическая программа, предполагаются достойные кандидатуры на вакантные должности, решения спорных вопросов государственной деятельности. В таких условиях справиться с самыми сложными государственными ситуациями способен человек, не обладающий выдающимися личными качествами, когда он соглашается на содержание решений, предложенных государственным аппаратом.

Третьим фактором, создающим возможность нахождения на высшем государственном посту не самого лучшего в государстве человека, скорее всего, является сама простота теории социальной организации. Как известно, имеются довольно легкие для усвоения правила, обеспечивающие выживание и совершенствование любой организации, в том числе и государств. В частности, они сформированы в работе видного древнегреческого политолога Ксенофонта Афинского «Киропедия». Скажем, последний утверждал: при назначении на должность нужно руководствоваться профессиональными качествами кандидата, а не его происхождением и национальностью; руководители должны отличаться от подчиненных не бездельным и роскошным образом жизни, а трудолюбием и возможностью предвидеть события. Следуя таким понятным нормам, можно улучшить любую организацию, в том числе и государство, даже человеку, не обладающему семью пядями во лбу.

Можно выделить и четвертое обстоятельство, позволяющее находиться у государственной власти не самым лучшим в государстве людям. Правители с выдающимися качествами очень часто стремятся резко изменить к лучшему своих подчиненных. Это не нравится многим людям. Вот почему такие правители нередко встречают резкую оппозицию своим стремлением модернизировать государственную жизнь.

Во многих случаях иначе обстоят дела с посредственными правителями. Такие лица часто не предпринимают усилия, чтобы резко улучшить подчиненных. Последним это импонирует. В результате они поддерживают правителей позволяющих жить, так как они хотят².

Разумеется, существуют и другие факторы, позволяющие править руководителям государств, не являющимся лучшими, чем их подчиненные. Например, о качествах личности, благоприятствующих политической карьере, сказал итальянский ученый Г. Моски в сочинении «Правящий класс»³. По мнению Г. Моски, наиболее подходящие для политической карьеры люди отнюдь не должны быть «Лучшими» членами своих обществ в интеллектуальном и моральном отношении. Для того

¹ Макиавели Ш. Л. О духе законов. М., 1955.

² Дробышевский С. А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1994.

³ Дробышевский С. А. История политических и правовых учений. М., 2007.

чтобы человек мог править другими лицами, гораздо полезней, чем глубина знаний, широта кругозора и альтруизм, такие качества, как легкость восприятия, проницательность, хорошее понимание индивидуальной и массовой психологии, сила воли, упорство в достижении цели, уверенность в себе и особенно активность. Причем для решения вопроса, добьется ли индивид успеха в политической деятельности, важнее всего является то, активен ли он в этой сфере общественной жизни и знает ли, как наилучшим образом использовать здесь собственную активность.

МИРОВОЗЗРЕНИЕ И ПРАВО В ПОЛИТИЧЕСКИ ОРГАНИЗОВАННОМ ОБЩЕСТВЕ

Сартис Антон Евгеньевич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Дробышевский Сергей Александрович,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой истории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Мировоззрение человека есть совокупность его взглядов на мир в целом. Оно строится на базе имеющихся знаний о людях и остальной природе. Разница между научным и религиозным мировоззрением относительна.

Научное мировоззрение - это взгляды самых просвещенных людей на общество и человека в мире. Религиозное мировоззрение – это взгляды того же самого содержания массы людей со средними и малыми познаниями природы и общества¹. В обоих случаях здесь имеется в виду картина мира, складывающаяся на основе имеющихся у человека знаний. В этом проявляется тождество научного и религиозного мировоззрений.

Эта картина служит той теоретической базой, на которой формируется право. Иными словами, существующее в политически организованном обществе мировоззрение определяет содержание права.

Любое мировоззрение есть субъективный образ объективного мира. Субъективные, т.е. неистинные, моменты мировоззрения обычно скрыты для людей, его разделяющих. Они открываются как неверные последующим человеческим поколениям, если последние имеют более

¹ Дробышевский С.А. Из классической юриспруденции второй половины 20 века. Красноярск, 1995.

совершенные научные знания во всех сферах и поэтому обладают мировоззрением, которое более верно отражает реальность. В частности, об этом свидетельствует история права. Так, император Византии Юстиниан, узнав о мужеложстве среди церковных служителей, велел жестоко наказать их, епископа Родосского и епископа Диоспольского, обвиненных в мужеложстве: низложивши их, велел отсечь им детородные уды, водить по городу и кричать глашатаю: «Вы, епископы, не бесчестите своего сана!» Кроме того, он издал строгие законы против распутных, из коих многие были казнены. Ведь император полагал, что мужеложство гневит богов, и они накажут его народ и нашлют на них кару Господню в виде землетрясения¹.

То, что для Юстиниана было истиной, а именно связь мужеложства и землетрясения, для нас является диким предрассудком. Но и мы неспособны иметь мировоззрение, отражающее действительность совершенно адекватно.

Человечеству при любых усилиях познавать будет противостоять непознанная бесконечность, которая не уменьшается². Причем непознанные законы будут воздействовать на людей как случайности, влияние которых нередко отрицательно.

Чтобы добиться как можно большего исключения из права неверных идей, необходимо действовать в 3-х направлениях. Во-первых, совершенствовать все существующие науки в возможно большей степени.

В результате улучшится, прежде всего, мировоззрение людей. И на этой основе изменится в лучшую сторону право.

Во-вторых, сам характер мировоззрения, предполагающий непредсказуемость будущего, ориентирует при правотворчестве на осторожность при формулировании новых юридических правил. По-видимому, во многих случаях целесообразно, чтобы такие нормы сначала появлялись как решения для отдельных случаев, которые вредно для государства решать с помощью действующих правовых норм. Если такой эксперимент (скажем, путем применения аналогии права или закона фикции в судебном решении), окажется успешным, то его целесообразно постепенно распространить на подобные случаи, создавая юридические правила для государства. В действующем российском праве в ряде отраслей аналогия права и закона, предполагающая указанный эксперимент, допускается. При этом законодатель конечно, осознает, что при реализации соответствующих санкций люди подлежат юридической ответственности как правонарушители за деяния, которые не были правонарушениями в момент их совершения.

Однако в уголовном праве такая аналогия не допускается. Если в иных отраслях права отмеченная аналогия признается, необходимой,

¹ <http://palomnic.org/history/rx/vf/3/6>.

² Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб, 1908. С. 52, 356.

несмотря на выделенное вытекающее из неё отрицательное последствие, то наличие последнего не есть причина, объясняющая отсутствие применения аналогии права и закона в уголовном праве. По-видимому, здесь причина запрета законодателя указанной аналогии в том, что при её реализации людям будут причинены негативные последствия в виде мер уголовного наказания. При этом законодатель подразумевает: в тех отраслях права, где аналогия права и закона допускается, отрицательные последствия от этого для людей в виде юридических санкций являются гораздо меньшими, чем уголовно-правовые меры наказания.

Вместе с тем некоторые уголовно-правовые санкции наносят людям меньший ущерб, чем санкции в тех отраслях права, где указанная аналогия применяется. Вот почему описанная логика, которой, по-видимому, руководствовался законодатель, приводит к следующему выводу. Необходимо распространить применение аналогии права и закона на уголовное право в той мере, в какой в нем идет речь о реализации мер уголовной ответственности, равных или меньших по тяжести с санкциями отраслей права, где упомянутая аналогия законодателем признана возможной. Таким образом, в действующем российском уголовном праве в полной мере станет применяться ранее отмеченный эксперимент, предполагающий осторожность при формировании новых юридических норм.

В-третьих, в связи с непредсказуемостью будущего, которой учит современное научное мировоззрение, во всех юридических нормах, формулирующих устанавливаемые государством запасы прочности для технических процессов, а также материальные запасы на чрезвычайные ситуации, недостаточно ориентироваться на максимальные неблагоприятные последствия, которые уже продемонстрировала история. Нужно ориентироваться на реальную возможность гораздо больших неприятностей. В этом смысле справедлива русская пословица «Кашу маслом не испортишь».

Отсюда необходимо подвергнуть анализу огромный массив юридических норм, устанавливающих допуски и пределы в технике, а также нормативы, в соответствии с которыми формируются государственные запасы на случай чрезвычайных обстоятельств. Для обеспечения общегосударственных интересов каждое положение в любом таком правиле должно гарантировать столь значительное превышение соответствующих допусков, пределов и запасов, которые позволят исключить неприятности для человечества, которых в истории ещё не было. Лишь в этом случае потенциальные будущие катастрофы станут возможным предотвращать с большой вероятностью, чем сейчас. Когда это не сделано в общегосударственном масштабе, закономерно будут следовать катастрофы, подобные той, которая ныне происходит в Японии.

ПРОБЛЕМА УСМОТРЕНИЯ В ПРАВЕ: ЧЕЛОВЕКОЦЕНТРИСТСКИЙ ПОДХОД

Скударнов Алексей Сергеевич,
ассистент кафедры теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Вопрос об усмотрении в праве является достаточно сложным и дискуссионным. Сложность его обусловлена прежде всего многогранностью самого понятия права, а дискуссионность продиктована отсутствием единства в подходах к пониманию правовой природы категории «усмотрение в праве».

В «Словаре русского языка» под редакцией А. П. Евгеньевой усмотрение понимается как заключение, мнение, решение¹. Усмотреть – это прийти к заключению о наличии чего-либо, признать существующим и т.д. В Толковом словаре В. Даля усмотреть, усматривать толкуется как «увидеть, открыть, распознать и наметить»². Краткий лингвистический экскурс дает основание сказать следующее: термин «усмотрение» означает «мнение», «решение» или «заключение», усмотреть означает «прийти к определенному выводу».

Представляется, что исследование указанного феномена правильнее начинать с выяснения вопроса о правопонимании, в рамках которого он и будет рассматриваться далее.

В отечественной правовой мысли длительное время преобладал государствоцентристский подход к пониманию права. Упор в нем был сделан на нормативную школу права, причем в её наиболее жестком варианте. Право при такой интерпретации берется как данное, как свод норм должного, внешняя по отношению к индивиду система правил, призванных руководить поведением.

Общеизвестно, что в отечественной и зарубежной литературе существует довольно много определений юридического позитивизма или позитивного права. В одних случаях позитивное право определяется не иначе как «команда суверена, адресованная лицу или лицам, находящимся

¹ См.: Словарь русского языка. Т. 4. / А.П. Евгеньева [и др.]. М., 1999. С. 520.

² См.: Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1994. С. 896.

в его подчинении»¹. В другом - просто как положительное, официальное право, «издаваемое прежде всего государственными органами в установленном порядке и соответствующим образом фиксируемое в нормативных правовых актах»². В третьих же случаях позитивное право рассматривается как «реальный, существующий в законах и иных документах, фактически осязаемый (и потому – «позитивный») нормативный регулятор, на основе которого определяется юридически недозволенное определение и выносятся судами, другими государственными учреждениями юридически обязательные, императивно властные решения»³.

Для целей настоящей работы необходимо остановиться на тех признаках позитивного права, которые необходимы для рассмотрения возможности усмотрения при данном правопонимании.

Во-первых, императивный (в широком смысле слова) характер позитивного права. Одним из исходных постулатов позитивного права в разных вариациях (демократических, авторитарных, либеральных, тоталитарных) был и остается, зачастую в полузавуалированном, «цивилизованном» виде, тезис Дж. Остина о праве как о «команде суверена» в лице государства, монарха или «иного суверенного института, выступающего в виде высшей политической инстанции (*as supreme political superiors*)»⁴. Эти правила – команды воспринимаются различными государственными органами и прежде всего судами как официальные стандарты, некие образцы, в соответствии с которыми ими должно осуществляться правосудие и «в рамках которых должно строиться всё их поведение»⁵.

Во-вторых формально-юридический характер позитивного права. Свое конкретное выражение он находит в самых различных формах⁶. Однако главным при этом остается то, что приоритет в позитивном праве отдается не социальной стороне в виде сущности, содержания и социального назначения, а его формально-юридической стороне. Правоприменителя, следующего по стопам законодателя, во Франции, Италии, России или любой иной стране, где в неизменном или модернизированном виде сохраняются традиции позитивного права, меньше всего интересуют социальные, содержательные аспекты права. Они в полной мере заменяются и вытесняются в сознании и действиях

¹ См.: Harris J. Op. cit. P. 31; Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. L., 1832. P. 134.

² См.: Уповор И. В. Схатум Б. А. Указ. соч. С. 33.

³ См.: Алексеев С. С. *Философия права. История и современность. Проблемы. Тенденции. Перспективы*. М., 1997. С. 28.

⁴ См.: Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. L., 1832. P. 134 – 135.

⁵ См.: Dias R. *Jurisprudence*. L., 1995. P. 47.

⁶ См.: Friedmann W. *Legal Theory*. N. Y., 1967; Eastwood R., Keeton Y. *The Austinian Theories of Law and Sovereignty*. L., 1929; Hart H. *The Concept of Law*. N. Y. 1994.

правоприменителя формально-юридическими, а зачастую технико-юридическими аспектами.

При данном понимании права возможность действовать по усмотрению, самостоятельно, выбирая определенный вариант поведения для удовлетворения собственных потребностей, значительно ограничена. Для личности главное – не задумываясь повиноваться детальным властным велениям, приказам, в то время как задача законодателя ограничивать возможность усмотрения, устанавливая четкие правила поведения и обеспечивая их исполнение возможностью государственного принуждения. Более того, в этом ключе проблема усмотрения изображается как производная от законности. Авторами особо подчеркивалось, что в рассматриваемой ими сфере применения закона выбор решения должен быть связан и узами другого рода – целью, которая либо указывается законодателем, либо вытекает из смысла закона.

Перестройка в СССР, а затем либерализация социально-экономической, политической жизни в России коренным образом меняют содержание и направления правовой мысли. Становятся востребованными учения о правовом государстве, гражданском обществе, правах человека. Поиск новых подходов к изучению права, позволяющих соединить воедино все достоинства известных правовых теорий, стал особо актуален.

С позиций человекоцентристского правопонимания, сущность права обусловлена природой человека, его потребностью к свободе, самоопределению. Свобода, в свою очередь, выражается в правах и свободах. Поэтому основное, глубинное в праве – права и свободы человека¹. Право без прав личности так же невозможно, как права без и вне права. Это позволяет говорить о праве как свойстве личности, выделять правовую сторону личности, содержание которой составляют права и свободы.

Поставив во главу угла человека и гражданина, право, с позиций человекоцентристского подхода к праву, не столько предписывает, повелевает и принуждает, сколько содержит права, возможности для самостоятельного, инициативного, творческого поведения. Отсюда не случайно, что квинтэссенция естественно-позитивного права, как было отмечено выше, выражается в формуле: «Можно делать всё, что правом, законом не запрещено»². Другими словами, за пределами чётко очерченного круга запрещённого индивид свободен в своём выборе и действии.

В юридической литературе встречаются разные определения понятия «усмотрение».

¹ См.: Шафиров В. М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 87.

² Там же. С. 118.

«Свободное усмотрение, - пишет Р. Краутхаузен, - означает правовые действия, совершенные в порядке личной ответственности и в соответствии с пониманием нормы права управомоченным лицом для выполнения поставленной законом цели»¹.

К. Дэвис отмечает: «Должностное лицо государства обладает усмотрением в том случае, когда пределы осуществления власти предоставляют ему свободу выбора поведения, исходя из возможных вариантов действий и бездействия»².

А. П. Коренев под усмотрением подразумевает «определенную рамками законодательства известную степень свободы органа в правовом разрешении индивидуального конкретного дела, предоставляемую в целях принятия оптимального решения по делу»³. Такой же точки зрения придерживается и Ю. П. Соловей: «Усмотрение призвано способствовать принятию оптимального решения, т.е. максимально полно обеспечивающего достижение установленных правом целей»⁴.

О. А. Папкина под усмотрением подразумевает урегулированный правовыми нормами, осуществляемый в процессуальной форме специфический вид правоприменительной деятельности, сущность которого заключается в предоставлении в соответствующих случаях полномочия самостоятельно разрешать спорный правовой вопрос на основе норм права, исходя из целей, преследуемых законодателем, принципов права и других общих положений закона, конкретных обстоятельств дела, а также начал разумности, добросовестности, справедливости и основ морали⁵.

А. Барак предложил следующее определение данного явления: «усмотрение – это полномочие, данное лицу, которое обладает властью выбирать между двумя или более альтернативами, когда каждая из альтернатив законна»⁶.

По мнению Ю. А. Тихомирова, усмотрение есть мотивированный выбор для принятия правомерных решений и совершения действий управомоченным субъектом в рамках его компетенции для выполнения поставленных задач⁷.

Анализ приведенных определений показывает, что большинство авторов склонны видеть в качестве субъекта, наделенного возможностью действовать по усмотрению, должностное лицо или правоприменительный

¹ См.: Krauthausen R. Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff. 1955. С. 10.

² См.: Davis K. Discretionary Justice. 1969.

³ См.: Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73 - 74.

⁴ См.: Соловей Ю.П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 15.

⁵ См.: Папкина О.А. Понятие судебного усмотрения // Журнал российского права. 1997. № 12. С. 107.

⁶ См.: Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 13.

⁷ См.: Тихомиров Ю.А. Административное усмотрение и право // Журнал российского права. 2000. № 4. С. 72.

орган, наделенный государственно-властными полномочиями в пределах собственной компетенции. Также авторы указывают, что деятельность по усмотрению носит целенаправленный характер и содержится преимущественно в правовых нормах.

Однако относительно правовой природы данного явления мнения расходятся. Одни авторы понимают усмотрение как определенную степень свободы в действиях правоприменителя, другие - как полномочие, данное ему для решения определенного вопроса.

С позиций человекоцентристского правопонимания представляется возможным выделить следующие признаки, характеризующие усмотрение:

1. Осуществляется любыми право-дееспособными субъектами права. Возможность граждан действовать по своему усмотрению в правовом пространстве допускается не всегда. Более того, некоторыми авторами особо подчеркивается, что наличие властных полномочий есть обязательное условие наделения правом на усмотрение¹.

Однако на наш взгляд, подобный подход вряд ли обоснован. Так, использование права является формой реализации права, когда субъекты по своему усмотрению и желанию используют предоставленные им права и возможности, удовлетворяют законные интересы. Как отмечают ученые, «пользование» правом основывается на инициативе субъекта, его усмотрении; иными словами, само действие механизма правового регулирования зависит здесь от воли носителя субъективного права².

Таким образом, возможность действовать по своему усмотрению принадлежит не только органам государственной власти в процессе правоприменения, но и гражданам при осуществлении прав и свобод. При этом важно отметить, что в процессе использования права гражданин дважды осуществляет усмотрение. Первый раз, когда выбирает субъективное право, которое наиболее полно позволит удовлетворить его интерес, а второй раз при осуществлении избранного права.

2. Осуществляется посредством системы дозволительных нормативно-регулятивных средств. Непосредственное действие прав и свобод человека – факт общепризнанный. Однако признание данного факта не должно заслонять, умалять собственные потенции позитивного права. Большинство прав и свобод человека и гражданина закреплены в позитивном праве, составляют его содержание. Поэтому для решения преобладающей части жизненно важных вопросов выходить за границы позитивного правового поля не требуется. После обогащения позитивного права естественным, их взаимного теснейшего переплетения произошло перемещение центра тяжести в правовом регулировании с установления того, что должно, на установление того, что можно. Это существенно

¹ См.: Шарнина Л. А. Понятие политического усмотрения // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 5.

² См.: Шафиров В. М. Правовая активность советских граждан. Красноярск: Изд-во КГУ, 1982.

повысило значение тех правил поведения, которые без повеления, предписывания способны выступать в качестве эффективных, целесообразных, ценностных ориентиров для свободного выбора и активных действий индивидов по своему усмотрению.

В современной юридической науке сложился целый комплекс нормативно-регулятивных средств, закрепленных объективным правом – дозволений, мягко, без давления направляющих свободный выбор и активное поведение личности. Именно такие дозволения являются источником усмотрения для субъектов права.

Структуру нормативно-регулятивных средств дозволений составляют подсистемы нормативных обобщений и управомочивающих норм.

К нормативным обобщениям относятся цели, задачи, принципы права, правовые дефиниции, юридические фикции и т.п. Заложенные в них возможности дают наиболее широкий простор для личного усмотрения, проявления инициативы, творчества, ибо законодательная регламентация поведения крайне скупа и сводится в основном лишь к обобщающим, сжатым формулировкам.

Управомочивающие нормы отличаются большей степенью конкретности изложения содержания прав и свобод. Но это не исключает, а предполагает самоопределение, саморегуляцию личности. К нормам-дозволениям следует отнести альтернативные, ситуационные нормы.

На системе дозволительных нормативно-регулятивных средств основан общедозволительный тип правового регулирования, открывающий простор для свободы выбора и активной деятельности, способствующий (или хотя бы не препятствующий) проявлениям инициативности, самостоятельности в решении тех или иных задач.

В литературе отмечается, что принцип «дозволено все, кроме того, что прямо запрещено», не подходит для регулирования деятельности в сфере правоприменения, где должен применяться разрешительный порядок и определение исключительной компетенции администрации. Исчерпывающий перечень ее прав и обязанностей: «можно только то, что прямо разрешено законом» - вот принцип, создающий строго законную основу для усмотрения органов публичной власти¹.

На наш взгляд, предоставление свободы для органов государственной власти может являться одним из средств достижения главной цели права – защиты человека и создания условий для реализации принадлежащих ему прав и свобод, гарантией недопустимости принятия неправовых решений, способом укрепления законности и правопорядка.

Так, американская модель прецедента указывает на допустимость «уклонения» американских судов в процессе правоприменения от «даже

¹ См.: Алексеев С. С. Право и перестройка. Вопросы, раздумья, прогнозы. М.: Юрид. лит., 1987. С. 66 - 77; Матузов Н.И. Еще раз о принципе "не запрещенное законом дозволено" // Правоведение. 1999. № 3.

самого ясного статутного текста, если строгое следование ему и, соответственно, прямое применение данного статута может привести к абсурдному результату»¹ (Manning, 2003).

Подобное «отступление от текста, а фактически – частично и от смысла закона, санкционированное Верховным судом США более столетия назад и оформившееся впоследствии в так называемую «доктрину абсурдности» (The Absurdity Doctrine), несмотря на резкую критику, сохраняет свою силу и значимость и в настоящее время»².

В качестве примера можно сослаться на прецедентный характер решения суда 1998 г. по делу «Клинтон против Нью-Йорка», при рассмотрении которого суд отказался следовать непосредственно относящемуся к рассматриваемому делу закону штата Нью-Йорк (The Line Item Veto Act) в той его части, где, в противоречие с федеральным законодательством, терминами «индивидуальный» и «индивидуум» охватывались не только физические лица, но и различные торговые и иные фирмы и ассоциации (Clinton v. New York, 1998). Отказ суда в данном случае строго следовать текстовому, но не смысловому содержанию закона объясняется и юридически оправдывается тем, что следование «абсурдному», с точки зрения общепринятой терминологии и здравого смысла, тексту неизбежно приведет к «абсурдному», с юридической точки зрения, результату.

Таким образом, наибольшие возможности для деятельности по усмотрению, по выбору средств и способов удовлетворения собственных потребностей для субъекта права предоставлены при общедозволительном типе правового регулирования, при наличии функционирующей системы управомочивающих нормативно-регулятивных средств.

3. Имеет целенаправленный характер. В Большом толковом словаре русского языка под целью понимается «то, к чему стремятся, чего хотят достичь». Деятельность по усмотрению не может быть бесцельной, важно всегда точно представлять, ради чего она осуществляется.

Исходя из системного толкования ряда положений Конституции РФ, главной целью права следует понимать человека, его права и свободы. Данная цель предопределяет смысл и содержание деятельности по усмотрению – защита прав, свобод и законных интересов личности, предоставление возможности и создание благоприятных условий для осуществления прав и свобод.

4. Носит интеллектуально-волевой характер. При анализе института усмотрения в праве необходимо обращать внимание на то, что он относится главным образом к субъективной (психологической) стороне правомерного поведения. Усмотрение включает в себя интеллектуальные и волевые аспекты. Интеллектуальная сторона усмотрения характеризуется

¹ См.: Manning J. The Absurdity Doctrine // Harvard Law Review. 2003. № 8. P. 2388.

² См. об этом: Sunstein C. Problems with Rules // California Law Review. 1995. № 83. P. 953 - 986.

тем, что субъект, исходя из анализа правил поведения и конкретных жизненных обстоятельств, осознает предоставленную правом возможность выбора неких вариантов поведения для достижения цели, а также предвидит возможные последствия, которые могут наступить. Волевая сторона выражается в желании поступить в соответствии с принятым решением и готовностью приложить для этого необходимые усилия.

Таким образом, можно дать следующее определение усмотрения в праве: осуществляемая посредством дозволительных нормативно-регулятивных средств творческая, разумная, волевая, законная деятельность право-дееспособного лица, направленная на наиболее полное и эффективное осуществление прав и свобод личности.

КОММУНИКАТИВНЫЙ ПОДХОД КАК МЕТОДОЛОГИЯ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Стрельников Константин Анатольевич,
к.ю.н., начальник правового отделения
научно-исследовательского отдела
Академии экономической безопасности МВД России

Методология юридических исследований постоянно обновляется. Из системологии в юридическую науку постепенно приходит коммуникативный подход. В современной науке существуют два основных подхода к социальной реальности, два взгляда на социальную структуру. Они порождают две социальные методологии, отражают стороны общественной жизни. Поэтому имеют равное право находиться в основе любого исследования. Соответственно, для установления наибольшей точности исследования, исследователь вынужден рассматривать две стороны этого феномена: социальное действие (поведение индивида) и социальную систему (общество).

Первый подход к социальным исследованиям ставит основной категорией человека и его внутренний мир. В этом случае общество рассматривается как совокупность индивидов, свойства которых и определяют все социальные процессы. С этой точки зрения общество представляет собой постоянное взаимодействие индивидов, а его нормы - идеальные образцы поведения. Конкретное действие человека рассматривается как выбор между имеющимися альтернативами (как поступить, что сделать).

Другая группа исследователей исходит из понимания общества как самостоятельного явления, объективно существующего (вне зависимости от действий людей) и имеющего свои собственные закономерности. Общество отражает эти внутренние закономерности.

Заслужено коммуникативного подхода является объединение этих двух концепций.

В качестве ближайшего обоснования применения коммуникативного подхода для исследования права можно привести следующие аргументы. Право нельзя уместить в любой юридический термин («норма», «правоотношение», «закон» и т.д.). Право не существует вне текстуальных форм (закона); право не существует там, где отсутствуют люди; право не существует там, где оно не основано на существующих в обществе ценностях (идеалах); право не существует без взаимодействующих субъектов – носителей прав и обязанностей.

В этом смысле право – явление межсубъектное, результат непрерывной человеческой коммуникации. В этих условиях коммуникация получает правовое значение при толковании правовых норм как устанавливающих права и обязанности субъектов социального взаимодействия.

С точки зрения коммуникативного подхода и системной теории, право состоит из трехстороннего процесса:

- информация;
- выражение;
- понимание.

Разделенные эти компоненты не имеют существования. Таким образом, право имеет коммуникативную основу.

Предлагаем рассмотреть признаки права как средства коммуникации современного общества.

1. Правовая система является самоуправляемой, а не управляемой.

Любое одностороннее внешнее воздействие на правовую систему в существенной мере нейтрализуется ее саморегулятивными свойствами.

В качестве примера можно привести ситуацию, сложившуюся с принятием Указа Президента Российской Федерации о необходимости подачи государственными служащими деклараций о доходах¹. Несмотря на четкие указания о необходимости предоставления деклараций сотрудниками, замещающими определенные в указе должности, такие декларации не стали представлять сотрудники ФСБ, ФСО и МИД России, в отличие от МВД и Минобороны России. Хотя норма была сформулирована четко и ясно, исключала возможность двоякого толкования. То есть, независимо от воли законодателя, крупные общественные системы отреагировали по-своему, не единообразно.

¹ Об утверждении перечня должностей федеральной государственной службы, при назначении на которые граждане и при замещении которых федеральные государственные служащие обязаны представлять сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей: Указ Президента РФ от 18 мая 2009 г. // Российская газета. 2009. № 89.

Применяя теорию самоорганизации к юридической науке, мы можем объяснить структуру современной правовой системы. Так, по мнению А.В. Полякова: «На смену иерархии норм, характерной для взгляда на право как на систему, государственно организованную «сверху вниз», приходит представление о праве как гетерархии, т.е. «горизонтально организованной» системе, в основании которой лежат образцы поведения, идущие как бы «снизу вверх»¹.

Считаем его мнение совершенно справедливым. Например, для работника корпорации наряду с Трудовым кодексом существуют правила внутреннего распорядка, установленные правлением корпорации. Для него же как представителя конфессии существуют обязательные религиозные нормы, регламентирующие поведение в течение рабочего дня.

В связи с этим акцент в понимании права должен делаться не на совокупности норм права, а на практике правовых коммуникаций. Такой подход требует пересмотра традиционной теории источников права: введения понятия негосударственного права и признания правового плюрализма.

Впору утверждать, что традиционно понимаемая правовая система не является ядром организации общественных отношений.

2. Право существует неотделимо от воспринимающих его субъектов.

Ни одно законодательное установление не может иметь правового смысла без воспринимающего и интерпретирующего данный текст субъекта.

3. Право существует (выражается) в знаковой системе.

Норма права не устанавливается знаковой системой, а лишь начинает свое становление через знаковую систему. Дальнейшее становление право получает через социальную интерпретацию, через взаимодействие субъектов, реализующих свои права на основе анализируемых текстов.

4. Право существует лишь как взаимное согласие субъектов правоотношений о смысле, ценности и допустимости применения тех или иных норм.

В праве возможен разрыв между пониманием законодателя и пониманием адресата. Поиск общего понимания необходим для решения той или иной проблемы. Именно в коммуникативном процессе между субъектами правоотношений и правоприменителями, в ходе которого они обмениваются доказательствами и аргументами, подтверждающими правоту той или иной стороны, имеет место нахождение истины. Решения, выносимые судьями, становятся легитимными после того, как пройдут череду коммуникативных сфер, начиная с рассмотрения и принятия судебного решения, апелляционного пересмотра и заканчивая обсуждением в СМИ.

¹ Поляков А.В. Теория права в глобализирующемся обществе: постмодернистская интерпретация // Правоведение. 2007. № 4. С. 7–12.

Доказательства такому положению дел можно привести из любой юридической практики. Различная трактовка ситуации, неоднозначное применение правовых норм препятствуют верховенству права в обществе. Приведем следующий пример.

Руководство ООО «А», обвиняемое в совершении преступления, предусмотренного ст.199.1 «Неисполнение обязанностей налогового агента» УК РФ, указывало, что «причинами невыплаты долгов предприятием явились объективные причины, в частности, задолженность ООО «А» перед МУП «РЭУ» по оплате выполняемых работ... Обвиняемый показал, что не перечислил в бюджет НДФЛ, удержанный из заработной платы работников, в связи с трудным финансовым положением организации»¹.

Таким образом, применяя в данном случае институт крайней необходимости, подозреваемые и обвиняемые пытались уклониться от уголовной ответственности за неуплату налогов. Тем самым, фигуранты, обвиняемые в неуплате налогов, ссылались на существующий в УК РФ институт, препятствующий привлечению их к уголовной ответственности. Их позиция была воспринята правоохранительными органами, и долгое время такое положение дел сохранялось. Несмотря на явное противоречие такой позиции другим нормам, стороны были согласны с применением данного института для налоговых правоотношений. Для нашего исследования важен тот факт, что трактовка поведения являлась обоснованием, с которым стороны (подозреваемые и правоохранительные органы) согласились, то есть существовало убеждение в правоте и допустимости применения данного института, что подтверждает коммуникативную природу права.

5. Право существует только в том случае, если взаимодействующим субъектам известно о смысле и содержании норм.

В узком смысле это означает, что нормы права подлежат обязательному опубликованию. В широком смысле это означает, что взаимодействующие субъекты используют только те нормы права, которые они знают, в то время как незнакомые им нормы не могут быть использованы. В этом случае регулятором общественных отношений будут традиции, интуиция, сложившаяся практика и мнение авторитетных людей. Возвращаясь к предыдущему примеру, отметим, что в ходе правовой экспертизы сторонам были разъяснены нормы Конституции и Налогового кодекса Российской Федерации, определяющие пределы применения института крайней необходимости в налоговых правоотношениях. После того как правоохранительным органам стало известно о наличии и допустимости применения других норм, ситуация получила иную трактовку и злоумышленники понесли наказание.

¹ Из материалов следственной практики УВД по Магаданской области.

6. Право существует как отобранный в конкретный момент набор правил.

Общественные отношения имеют широкомасштабный и неоднозначный характер. В связи с этим юридическая оценка того или иного события затруднительна. При этом встречающиеся пробелы и противоречия в праве создают предпосылки для широкого использования субъективного «усмотрения». В качестве примера можно привести следующий факт¹.

«... Старший лейтенант милиции П. внес в официальный документ заведомо ложные сведения и тем самым оформил административный материал на несуществующее лицо. В действиях старшего лейтенанта милиции П. усматривается состав преступления, предусмотренный ст. 292 «Служебный подлог» УК РФ, ... Показания П. и К. в части оформления административного материала в отношении последнего имеют существенные противоречия, устранить которые в ходе проверки не представляется возможным, и, следовательно, показания П. и К. вызывают сомнения. Согласно ст. 14 УПК РФ все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого... Согласно ч. 1 ст. 14 УК РФ обязательным признаком преступления является общественная опасность. Общественную опасность можно определить как свойство деяния причинять вред или создавать угрозу причинения вреда охраняемым законом объектам... При таких обстоятельствах в действиях П. отсутствует такой обязательный признак преступления, как общественная опасность...». В данном случае следователь при вынесении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела неверно применил нормы уголовного и уголовно-процессуального права, которые легли в основу решения. Следователь применил норму о «сомнениях в пользу обвиняемого» к «противоречиям в доказательствах». Таким образом, он заимствовал из всего правового массива ту норму, которую посчитал уместной.

7. Право существует не абстрактно, а неотделимо от «жизненного мира» индивида.

Субъект отбирает поступающую информацию, задействуя при этом не только свой разум, эмоции или подсознательные стереотипы поведения, но и духовный мир в целом. Право существует только тогда, когда оно является объектом юридического познания, а само поведение субъекта права «интегрировано» с мышлением о самом себе. Отсюда право «есть то, что оно есть только тогда, когда познается то, что оно есть», т.е. когда оно понимается и интерпретируется. Объединяя норму и поведение как

¹ Используются материалы следственной практики Следственного отдела по г. Благовещенску Следственного управления Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации по Амурской области.

динамический аспект права, ряд ученых утверждают, что «интерпретируется не закон, а человеческое поведение посредством закона, поскольку закон – это концептуальное выражение, а интерпретация есть способ познания»¹.

Подводя итог, можно отметить, что коммуникативный подход имеет будущее в юридической науке и может быть использован для проведения фундаментальных исследований.

ИСТОРИЧЕСКИЙ И СОВРЕМЕННЫЙ АСПЕКТЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ВЛАСТЕЙ: ПРОБЛЕМЫ НАУКИ И ПРАКТИКИ

Талашкевич Наталья Николаевна,
студентка 2 курса
прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Научный руководитель:
Деревскова Валентина Михайловна,
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Проблемы взаимоотношения исполнительной и законодательной властей в соответствии с Российским законодательством существовали как в начале XX века, так и в той или иной мере имеют место сегодня. Этот вопрос является чрезвычайно важным, так как от того, как отнесется законодатель к его урегулированию, зависит, насколько действенна будет представительная власть в государстве, а соответственно и эффективность механизма сдержек и противовесов, реальность этого принципа на практике.

Противоречия и пробелы российского дореволюционного законодательства являются одной из существенных причин краха Российской Империи². Необходимость перемен была очевидна, однако непоследовательность и неуверенность проводимого реформирования порождали нестабильность создаваемого законодательства, которая проявлялась в правовых коллизиях и пробелах в праве.

¹ Зеленцов А.Б. Коссио Карлос // Антология мировой правовой мысли. Т.3. М., 1999. С. 731 -732.

² Осипян Б.А. Противоречивость дореволюционного Российского законодательства как одно из существенных условий будущих социальных потрясений // История государства и права. 2009. №16. С.30-31.

Во время царствования Николая II явно прослеживаются две противоречивые тенденции. С одной стороны, осознавая всю сложность сложившейся в стране ситуации, царь шёл на вынужденные уступки. С другой - Император пытался избежать ограничения собственной власти, изменения государственного строя любым путем.

Согласно законодательным положениям о Государственной Думе и Государственном Совете, в последовательном ряду сменяющих и уточняющих друг друга законов о Думе и выборах 1905-1906 гг., Дума и Совет должны были образовать две равноправные палаты «первого русского парламента». Но главное отличие русского парламента от западных состояло в том, что фактически он находился в полной зависимости от Императора. Каждое нововведение сопровождалось множеством условий и ограничений со стороны закона.

В девятой главе Основных законов от 23 апреля 1906 г., устанавливавшей порядок принятия законов, определялось, что «никакой новый закон не может последовать без одобрения Государственного Совета и Государственной Думы и воспринять силу без утверждения Государем Императором». Законопроекты, не принятые обеими палатами, считались отклоненными. Законопроекты, отклоненные одной из палат, могли быть вновь внесены на ее рассмотрение только с разрешения императора. Законопроекты, не утвержденные Императором, могли быть вновь рассмотрены не ранее следующей сессии.

Предусматривался и иной вариант принятия законов. Статья 87 Основных законов ограничивала законодательные права Государственной Думы, предоставив Императору право в период прекращения заседаний Думы (а продолжительность заседаний Думы и сроки перерывов определялись Императором) издавать чрезвычайные указы, имевшие силу законов. Эти указы должны были вноситься на обсуждение в Думу в течение первых двух месяцев после возобновления занятий Думы. Они не могли вносить изменения ни в Основные законы, ни в Положение о Думе и Государственном Совете, ни в постановления о выборах в Государственный Совет или Думу.

Царское правительство широко использовало ст. 87 для принятия наиболее реакционных указов. Примерами могут служить Указ от 19 августа 1906 г. о военно-полевых судах, указы об увеличении штатов полиции, об изменении аграрного законодательства. В период между разгоном I Думы и созывом II Думы (с 8 июля 1906 г. по 20 февраля 1907 г.) было издано 60 указов.

Ярким примером может послужить роспуск II Государственной Думы и издание нового избирательного закона о выборах в нее от 3 июня 1907 г., что было грубым нарушением как Манифеста от 17 октября 1905 г., так и Основных законов 1906 г., согласно которым (даже по ст. 87 Основных законов) царь не имел права без одобрения Думы и Госсовета

вносить изменения ни в Основные законы, ни в постановления о выборах в Совет или Думу.

Основные законы отличались и неясностью формулировок в отношении ряда норм, регламентировавших деятельность Государственной Думы. Текст Основных законов был крайне неопределенным в трактовке понятия сессии. В статье 99 говорилось о том, что «продолжительность ежегодных занятий Государственного Совета и Государственной Думы и сроки перерыва их занятий в течение года определяются указами Государя Императора». Без ответа оставался вопрос о том, сколько может быть сессий в течение года. И краткосрочные, и длительные перерывы в деятельности Думы объявлялись указами Императора в одних и тех же выражениях. Когда III Дума возобновила заседания после рождественских каникул 20 января 1909 г., это было сочтено продолжением прежней сессии, хотя указ 20 декабря 1908 г., объявивший этот перерыв, буквально повторил указ, закрывший первую сессию данного созыва.

Между тем строгое определение сессии имело принципиальный характер. Не утвержденные Императором законопроекты не могли быть внесены на повторное обсуждение в течение той же сессии (ст. 112 Основных государственных законов, ст. 53 «Учреждения Государственной Думы», ст. 51 «Учреждения Государственного Совета»). Депутат в течение сессии мог быть лишен свободы только с разрешения Думы (ст. 16 «Учреждения Государственной Думы»).

Упущена была в Основных законах и норма, регулировавшая порядок прекращения деятельности Думы в связи с истечением пятилетнего срока ее полномочий. С чем мы сталкиваемся, рассматривая роспуск III Думы.

Неурегулированным законодательством остался и вопрос о преемственности законодательных работ различных созывов Думы. Мировая практика выработала три варианта решения данной проблемы. Принципы континуитета, преемственности были реализованы во Франции, Бельгии, Люксембурге. Принципами дисконтинуитета даже с распространением на отдельные сессии характеризовались отношения различных легислатур в Англии, Германии, Австрии, Италии. В ряде стран применялась смешанная система, подразумевавшая континуитет для сессий и дисконтинуитет для различных законодательных периодов (Греция, Норвегия, Венгрия). Существуют разные мнения о причинах возникновения данного пробела в Российском законодательстве, среди которых и его умышленное создание.

Современное российское государство, основываясь на традициях собственного развития на протяжении последнего столетия, перенимает также опыт зарубежных стран. Что можно проследить в урегулированной преемственности в деятельности Государственной Думы.

Российский парламент – Федеральное Собрание, по-прежнему представлен двумя палатами: Советом Федерации и Государственной Думой. Каково же взаимоотношение исполнительной и законодательной властей? Вне всякого сомнения, все те пробельные и проблемные моменты, которые существовали в начале XX века, получили должное внимание со стороны законодателя. На сегодняшний день организация деятельности Государственной Думы четко регламентирована, отлажена и закреплена в Регламенте Государственной Думы¹.

Тем не менее за внешней всесторонней регламентацией деятельности законодательной и исполнительной властей по отдельности и во взаимодействии существует законодательно закрепленный рычаг воздействия главы государства на решения Государственной Думы.

Согласно ст. 84 Конституции РФ Президент вправе распустить Государственную Думу в случаях и порядке, предусмотренных Конституцией Российской Федерации; а именно в ст. 109 говорится о том, что Государственная Дума может быть распущена в случаях, предусмотренных ст. 111 и ст. 117 Конституции РФ. Ст. 111 гласит, что после трехкратного отклонения представленных кандидатур Председателя Правительства Российской Федерации Государственной Думой Президент Российской Федерации назначает Председателя Правительства Российской Федерации, распускает Государственную Думу и назначает новые выборы². В то время как ст. 117 закрепляет положение о том, что Председатель Правительства Российской Федерации может поставить перед Государственной Думой вопрос о доверии Правительству Российской Федерации. Если Государственная Дума в доверии отказывается, Президент в течение семи дней принимает решение об отставке Правительства Российской Федерации или о роспуске Государственной Думы и назначении новых выборов³.

Постановление от 11 декабря 1998 г. № 28-П по делу о толковании положений части 4 ст. 111 Конституции РФ закрепило, что после трехкратного отклонения представленных Президентом кандидатур Председателя Правительства Российской Федерации (независимо от того, представлялся ли каждый раз новый кандидат либо один и тот же кандидат дважды или трижды) Государственная Дума подлежит роспуску⁴.

На этот счет было высказано особое мнение судьи Конституционного суда Н. Витрука. Он говорит о том, что Государственная Дума, давая согласие Президенту на назначение Председателя Правительства Российской Федерации, выступает в качестве, определенного противовеса, но она не может быть средством

¹ Регламент Государственной Думы // www.duma.gov.ru/index.jsp?t=reglament/index.html.

² Конституция Российской Федерации. М: Астрель, 2005. С. 64.

³ Там же.

⁴ По делу о толковании положений части 4 статьи 111 Конституции Российской Федерации : Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 г. N 28 // СПС «Консультант Плюс».

давления, так как число отклонений кандидатур у Государственной Думы ограничено¹. При представлении Президентом Российской Федерации одной и той же кандидатуры дважды, а тем более трижды, как справедливо указывал представитель Государственной Думы в судебном заседании, Государственная Дума лишается права самостоятельного выбора, что гарантировано ей ст. 10 и ст. 111 Конституции РФ, и, следовательно, она превращается в "орудие проведения воли главы государства"².

Если обратиться к доктринальному толкованию положения ч. 4 ст. 111 Конституции РФ, то оно исходит из того, что кандидатов на должность Председателя Правительства Российской Федерации должно быть "не менее двух"³, а сама процедура, содержащаяся в ст. 111 Конституции РФ, "ставит Государственную Думу в жесткую зависимость от Президента. Очевидно, что думское большинство пойдет на трехкратное отклонение неприемлемых кандидатур лишь в случае, когда оно уверено в усилении своей позиции после роспуска и новых выборов"⁴.

По мнению другого судьи Конституционного суда В. Лучина, возникает нестандартная и весьма противоречивая ситуация, поскольку Президент может не только навязывать свою волю, не опасаясь неблагоприятных для себя последствий, но и с легкостью утихомирить "несговорчивую" Государственную Думу, распустив ее. Так о каком механизме сдержек и противовесов можно в этом случае говорить? "Только представление разных кандидатур Председателя Правительства Российской Федерации может служить оправданием такой конституционной санкции, как роспуск Государственной Думы"⁵.

С течением времени поменялись механизмы воздействия главы государства на законодательную ветвь власти, но сила их по-прежнему достаточно велика. И нежелательное одностороннее давление Президента на Государственную Думу имеет место по сей день. Притом оно может быть практически реализовано, так как нормы, регулирующие механизм воздействия Президента на законодательную ветвь власти, не относятся к так называемому, «спящему праву». Возможность его применения достаточно вероятна в случае изменения политической ситуации в стране. Таким образом, данное обстоятельство существенно влияет на практику. В частности, обуславливает скованность Государственной Думы в своей деятельности.

¹ Там же.

² По делу о толковании положений части 4 статьи 111 Конституции Российской Федерации : Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 г. // СПС «Консультант Плюс».

³ Комментарий к Конституции Российской Федерации / Общая редакция Ю.В. Кудрявцева. М. : Правовая культура, 1996. С. 465.

⁴ Проблемный комментарий к Конституции Российской Федерации / отв.ред В.А. Четвернин. М., 1997.

⁵ По делу о толковании положений части 4 статьи 111 Конституции Российской Федерации : Постановление Конституционного Суда РФ от 11 декабря 1998 г. N 28 // СПС «Консультант Плюс».

Стоит помнить опыт собственного государства, когда законодательная власть находилась в жестких рамках и то, к чему это привело.

ОХРАНА ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА В СВЕТЕ НОВОГО ЗАКОНА «О ПОЛИЦИИ»

Теплякова Анна Владимировна,
студентка 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

С 1 марта 2011 года в России вступил в силу новый закон «О полиции». Переименование милиции в полицию и принятие нового закона стали первыми шагами в ходе масштабных реформ в правоохранительной сфере. В основу нового закона положена идея закрепления правоохранительной роли полиции в обществе, а также гуманизация форм и методов ее работы.

Закон исходит из необходимости безусловного обеспечения прав граждан и организаций в деятельности полиции, установления действенных гарантий законности ее деятельности.

Оценивать практику реализации закона пока рано, поэтому проведем оценку закона на предмет наличия в нем гарантий охраны прав и свобод.

Для начала определимся с понятием. Охрана прав и свобод человека – это совокупность мер политического, экономического, правового характера, обеспечивающих нормальный ход реализации прав и одновременно ограждающих личность, ее права и свободы от отрицательного воздействия негативных факторов социальной среды.

Полиция как правоохранительный орган осуществляет охрану прав в следующих формах:

1. Проведение непосредственных юридически значимых мероприятий по охране прав.
2. Проведение охранных мероприятий с использованием специальных технических средств.

Теперь рассмотрим, как закреплена данная деятельность в новом законе о полиции.¹ В целом новый закон больше соответствует международным стандартам. Однако бросается в глаза уклон законодателя в сторону защитных полномочий полиции при написании закона. В частности в первой статье закреплено: Полиция предназначена для защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, для противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности и для обеспечения общественной безопасности. Полиция незамедлительно приходит на помощь каждому, кто нуждается в ее защите от преступных и иных противоправных посягательств. Ст. 2 устанавливает, что деятельность полиции осуществляется по следующим основным направлениям:

1) защита личности, общества, государства от противоправных посягательств;

2) предупреждение и пресечение преступлений и административных правонарушений.

При толковании данных статей возникает следующий вопрос, как мы понимаем слово *защита*: в наиболее широком смысле, т.е. как *охрана* и *защита* или в узком - только как *защита*? К какому бы итогу мы не пришли, он не соответствует теоретическим положениям о соотношении этих двух понятий.

Меры охраны и меры защиты не совпадают ни по времени, ни по субъектам реализации, ни по содержанию, ни по форме.² Охрана имеет своей целью предотвратить нарушение права, создать дополнительные, благоприятные и комфортные условия для деятельности индивидов. Защита же имеет место, когда состояние правового комфорта нарушено или реализация прав существенно затруднена. Закрепление же такого направления деятельности, как предупреждение правонарушений не может полностью раскрыть правоохранительные полномочия полиции, так как остается еще целый комплекс деятельности, которую осуществляет полиция.

При разработке закона «О полиции» были учтены нормы и рекомендации ряда международных документов, также законодательство таких зарубежных государств, как США, Франция, Австрия, Швеция, Норвегия, Финляндия.

Российское законодательство о полиции стало больше соответствовать европейским стандартам, чем ранее действовавший Закон "О милиции". Этот факт подтверждает и сравнительная характеристика федерального Закона РФ "О полиции" с законодательством Германии.

¹ О полиции: Федеральный Закон от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ // Российская газета. 2011. 8 февраля.

² Грудцына Л. Ю. Правовая природа институтов защиты и охраны прав человека в России // Российская юстиция. 2008. № 2. С. 60.

Для начала отметим, что законодательное регулирование деятельности полиции в Германии находится в ведении земель. В статье 2 Закона «О полиции» федеральной земли Баварии указано:

Задачей полиции как в общем, так и в отдельном случае является предотвращение опасности для общественной безопасности и общественного порядка.

Защита частных прав вменяется в обязанность полиции по данному закону лишь тогда, когда не может быть своевременно получена судебная защита, или когда без полицейской помощи не осуществляются личные права, либо их осуществление может быть существенно затруднено.¹

Условием вмешательства полиции в права и свободы является наличие конкретной опасности – наличие ситуации, которая, согласно обычному жизненному опыту, в данное время при отсутствии вмешательства может привести к наступлению вреда для охраняемых благ (прав и свобод человека, а также основ конституционного строя).² При отсутствии опасности полиция осуществляет лишь надзорные полномочия.

Закон устанавливает требование эффективности в действиях полиции. Эффективное устранение опасности возможно только тогда, когда действия полиции были законными, пригодным для устранения данной опасности, отсутствовали иные средства и, наконец, в случае причинения вреда вред причиненный должен быть меньше вреда предотвращенного.³

Требование эффективности является тем положительным опытом, который можно перенять из законодательства Германии. Новый закон закрепляет требование законности в деятельности полиции. Также отражено правило, согласно которому деятельность полиции, ограничивающая права и свободы граждан, немедленно прекращается, если достигнута законная цель или выяснилось, что эта цель не может или не должна достигаться путем ограничения прав. Однако пригодность применяемых средств и их минимальный вредоносный аспект также имеют значение для граждан. Так, из всех находящихся в распоряжении средств должно быть применено то, которое меньше всего нарушает права индивида. Важно также помнить, что если средство ограничивает или может привести к ограничению прав и свобод человека, то данные ограничения не должны быть явно не соразмерны с той целью, ради которой они были предприняты.⁴

¹ Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei in der Fassung der Bekanntmachung vom 14 September 1999 (GVBl S- 397, BayRS 2012-1-1- 1).

² Heckmann, Dirk Rechtmässigkeit und Kostentragungspflicht polizeilichen Handelns / Dirk Heckmann, Thomas Würtenberger. - Richard boorberg Verlag 2003. С. 29-31.

³ Там же. С. 42.

⁴ Bösche, Ernst Dieter **Ordnungs- und Polizeirecht** / Ernst Dieter Bösche. Herne [u.a.], Verl. Neue Wirtschafts-Briefe, 1982. С.11.

Еще одним важнейшим критерием эффективности деятельности полиции является мнение граждан. В частности, в статье 9 Федерального закона РФ «О полиции» указано, что общественное мнение является одним из основных критериев официальной оценки деятельности полиции. Здесь же хочется отметить Приказ МВД РФ №25 от 19.01.2010 года "Вопросы оценки деятельности органов внутренних дел Российской Федерации, отдельных подразделений криминальной милиции, милиции общественной безопасности и органов предварительного расследования", который устанавливает, что для объективности выводов об эффективности деятельности ОВД в систему оценки, помимо критериев и показателей, характеризующих их деятельность с внутриведомственных позиций, включаются результаты опросов общественного мнения о работе органов внутренних дел на основе использования вневедомственных источников социологической информации. Здесь учитываются уверенность граждан в защищенности своих личных и имущественных интересов и удовлетворенность своевременностью реагирования на сообщения о правонарушениях органом внутренних дел и оперативностью прибытия на место совершения правонарушения.

В 1990 г. проводился всероссийский опрос общественного мнения, согласно которому 68,7 % опрошенных граждан считали неудовлетворительной охрану прав граждан в своем населенном пункте.¹ К сожалению, с того времени мало что изменилось. Так, по данным Фонда «Общественное мнение» за 2008 год, только 27 % опрошенных доверяют милиции и правоохранительным органам в своем регионе.² То же подтверждает опрос, недавно проведенный в Ханты-Мансийске: на вопрос «Как Вы оцениваете деятельность органов исполнительной власти по обеспечению безопасности граждан?» - 51 % сказали, что скорее отрицательно.³

Не прибавляют доверия граждан и последние события в Домодедово, где одной из причин террористического акта также называют плохую работу правоохранительных органов.⁴ Именно поэтому в новых проявившихся формах преступности организованной преступности: терроризме, посягательствах на безопасность воздушного сообщения – значение превенции, предотвращение опасности выдвинулись на передний план. Уже в начале возникновения конкретной опасности и при наличии конкретных подозрений полиция должна осуществлять действия, чтобы

¹ Бондарь Н. С. Права человека и реформа советской политической системы // Правоведение. 1990. № 2. С. 12.

² По данным сайта Фонда «Общественное мнение» (http://bd.fom.ru/report/cat/power/pow_rei/d082621)

³ Официальный информационный портал органов местного самоуправления г. Ханты-Мансийска (Ханты-Мансийский автономный округ — Югра) (<http://www.admhmansy.ru/ru/news/polls/?id=129>)

⁴ Шесть уровней опасности // Российская газета. 2011. №5390. 26 января.

предотвратить ее возникновение.¹ Однако и при отсутствии опасности необходим постоянный надзор за реализацией прав и свобод. Только так полиция может выполнять закрепленную охранительную функцию, чтобы закрепленные в конституции принципы социального, демократического и правового государства эффективно работали.

В завершение хотелось бы отметить некоторые пути решения проблем в сфере охраны прав и свобод полицией:

1. Необходима детальная проработка законопроектов, а также изменение части действующих законов для устранения терминологической путаницы и закрепления четких законодательных гарантий охраны прав и свобод.

2. Изменение оценок эффективности и качества работы государственных органов.

3. Повышение внимания к техническим средствам охраны, таким как видеонаблюдение и криминологические горячие точки, с помощью которых легко можно вызвать полицию.

4. Постоянное правовое образование государственных служащих.

5. Создание системы охраны прав и свобод на местах, активное сотрудничество с органами местного самоуправления, средствами массовой информации, представителями различных политических партий и движений, религиозных концессий с иными общественными организациями, а также частными структурами.

К ВОПРОСУ О ПОТЕРПЕВШЕМ В ПРАВЕ

Толстых Анна Степановна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Основная тенденция современной правовой науки – это ее гуманистическая направленность, обращение к человеку не только как к социальному элементу, но и как к носителю индивидуальных ценностей. Статья 2 Конституции Российской Федерации провозглашает высшей ценностью человека, его права и свободы. Признание, соблюдение и

¹ Scholz Georg Bayerisches Sicherheits-und Polizeirecht / von Georg Scholz. – völlig neuarb. Aufl. München: Vahlen, 1992. С. 55.

защита прав и свобод человека и гражданина - обязанность государства. Часть 1 статьи 45 Конституции Российской Федерации развивает это положение: «Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации гарантируется». Статья 52 Конституции гласит: «Права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом. Государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба».

Однако, несмотря на столь широкое закрепление, роль потерпевшего всё еще остается вспомогательной, поставленной на службу публичному интересу. К сожалению, если речь идет о правонарушении, почему-то принято говорить о правонарушителе. А ведь правильнее было бы обратить внимание на лицо, которому правонарушением причинен вред.

Дмитрий Анатольевич Медведев в Послании президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации 12 ноября 2009 года акцентировал внимание на важности защиты потерпевшего: «Уголовное наказание, как на уровне закона, так и на стадии его применения судами, должно быть адекватным совершенному преступлению и, соответственно, лучше защищать интересы общества и интересы потерпевшего».

По мнению председателя Следственного комитета Александра Бастрыкина, защита интересов потерпевших нормами уголовного права обеспечивается не в полной мере¹. Особенно это относится к механизму защиты прав и интересов потерпевших. Выступая 8 апреля 2010 года на заседании комиссии Общественной палаты по общественному контролю за деятельностью и реформированием правоохранительных органов и судебно-правовой системы, он предложил, в частности, принять закон о потерпевшем от преступления, где будет определено его правовое положение, права и обязанности; создать государственный механизм для возмещения ущерба и оказания другой помощи потерпевшим².

Важно, что проблема статуса потерпевшего обсуждается на федеральном уровне. Масштаб проблемы отражают данные Федеральной службы государственной статистики: в 2009 году лицами, потерпевшими от преступных посягательств, стали 1953, 2 тыс. человек, в 2008 году – 2303,8 тыс. человек³. А статус потерпевшего от преступлений в таких

¹ Выступление Председателя Следственного комитета Александра Бастрыкина на заседании комиссии Общественной палаты по общественному контролю за деятельностью и реформированием правоохранительных органов и судебно-правовой системы // www.sledcom.ru/actual/17661/?print=1# [Следственный комитет РФ].

² Выступление Председателя Следственного комитета Александра Бастрыкина на заседании комиссии Общественной палаты по общественному контролю за деятельностью и реформированием правоохранительных органов и судебно-правовой системы // www.sledcom.ru/actual/17661/?print=1# [Следственный комитет РФ].

³ Число лиц, потерпевших от преступных посягательств // www.gks.ru [Федеральная служба государственной статистики]

вопросах, как возмещение вреда, на сегодняшний день остается не урегулированным.

В российском законодательстве термин «потерпевший» впервые появился в Уставе уголовного судопроизводства 1864г. В этом документе для обозначения лица, пострадавшего от преступления, используется производная форма глагола «потерпеть»: «потерпевший от преступного деяния (статья 609), «потерпевший вред и убытки» (статья 974)¹.

Сегодня понятие потерпевшего дано в части 1 статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: «Потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу или деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя, прокурора или суда».

В Уголовном кодексе понятие «потерпевший» используется, однако определения в нем этого понятия до сих пор нет. Еще до принятия и вступления в силу Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 г. П.С. Яни отмечал: «Процессуальное понятие потерпевшего связано с его материально-правовой сущностью. И эту "сущность", думается, следует отразить в уголовном законе...»².

Однако понятие «потерпевший» не только уголовно-правовое, оно является межотраслевым. Потерпевший – это, прежде всего, субъект, которому причинен вред. Федеральная служба государственной статистики предоставляет нам данные о потерпевших только от преступлений. Следовательно, число потерпевших в Российской Федерации с учетом иных отраслей права будет еще больше.

Например, в административном праве также используется понятие «потерпевший», которое закреплено в статье 25.2 Кодекса об административных правонарушениях. От одноименной уголовно-правовой категории данное определение отличается по:

- юридическому факту, его порождающему (административное правонарушение, а не преступление),
- характеру причиненного вреда (в уголовном праве спектр причиняемого преступлением вреда шире, включает и иные виды вреда),
- нормативному закреплению (в уголовном праве – это Уголовно-процессуальный кодекс РФ, для административного права - Кодекс РФ об административных правонарушениях)³.

В производстве по делу об административном правонарушении о признании потерпевшим не принимается специального решения в виде

¹ Гаджиева А.А. Понятие потерпевшего в уголовном праве: проблемы, дискуссии, обсуждения // Государство и право. 2006. № 4. С. 105.

² Яни П.С. Законодательное определение потерпевшего от преступления // Российская юстиция. 1995. № 4. С. 40.

³ Анощенко С.В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем // СПС «КонсультантПлюс».

отдельного постановления или определения, статус гражданина или юридического лица в качестве потерпевшего записывается в протоколе об административном правонарушении либо в постановлении прокурора о возбуждении дела об административном правонарушении¹.

Согласно части 4 статьи 25.2 Кодекса РФ об административных правонарушениях потерпевший может быть опрошен в соответствии со статьей 25.6, т.е. в качестве свидетеля, что говорит о совмещении в этом аспекте статуса потерпевшего и свидетеля². Здесь следует согласиться с мнением Б.В. Россинского, который в возможности такого опроса потерпевшего видит "серьезное противоречие Конституции", недопустимость совмещения статусов потерпевшего и свидетеля³. Как справедливо отмечает М.А. Вербицкая, в отличие от свидетеля потерпевший заинтересован в исходе дела особенно тогда, когда он считает, что ему причинен материальный вред⁴.

Гражданское право не закрепляет понятие потерпевшего, однако использует его (например, в части 1 и 3 статьи 1064, статья 1083 и в целом глава 59 «Обязательства вследствие причинения вреда» Гражданского кодекса Российской Федерации).

Пункт 2 части 2 статьи 316 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации признает потерпевшим гражданина, юридическое лицо, государство или любую его составную часть.

Возникает неопределенность в определении понятия «потерпевший», общетеоретическое понятие остается невыработанным. Помимо этого, законодатель использует понятия «жертва», «пострадавший», не раскрывая их содержания.

По опубликованным в «Российской газете» сведениям, Следственным комитетом совместно с членами Общественной палаты разработан проект закона «О потерпевших от преступлений»^{5,6}.

Принятие закона «О потерпевших от преступлений» - это шаг в решении вопросов статуса потерпевшего в уголовном, уголовно-процессуальном праве. Но проблема статуса потерпевшего остается в ряде других отраслей права. Российскому законодательству необходим закон «О потерпевших», который бы регламентировал его статус в целом, не ограничиваясь одним видом – потерпевшими от преступлений.

На территории Российской Федерации в настоящее время действует ряд законов, которые определяют основания и порядок признания права,

¹ Масленников М.Я. Потерпевший по делу об административном правонарушении // СПС «КонсультантПлюс».

² Вербицкая М.А. Изменение правового статуса потерпевшего [сравнительный анализ КоАП РСФСР и КоАП РФ] // Адвокатская практика. 2007. № 5.

³ Дегенц А.С. Административно-юрисдикционный процесс: монография. М., 2003. С.42.

⁴ Вербицкая М.А. Изменение правового статуса потерпевшего [сравнительный анализ КоАП РСФСР и КоАП РФ] // Адвокатская практика. 2007. № 5.

⁵ Козлова Н. Касса открыта для жертв // Российская газета. 2010. No. 5355. С. 9.

⁶ Ямшанов Б. Преступник заплатит дважды // Российская газета. 2010. No. 5269. С. 1-2.

свободы, обязанности и ответственности, основы государственной политики в области правовой и социальной защиты, основные гарантии субъектов, объединенных по ролевому признаку (например, Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25.07.2002 № 115-ФЗ, Федеральный закон «О ветеранах» от 12.01.1995 № 5-ФЗ, Федеральный закон «О беженцах» от 19.02.1993 № 4528-1, Закон РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26.06.1992 № 3132-1 и др).

Вероятно, для решения вопроса о статусе потерпевшего в праве следует пойти по пути принятия единого нормативно-правового акта, в котором бы содержалось общее понятие потерпевшего, определялись основания и порядок признания потерпевшим, его правовое положение, права, обязанности, отражались виды потерпевших, особенности правового статуса потерпевшего в зависимости от отрасли права. Это позволит конкретизировать общее видение проблемы «потерпевшего», за счет этого произойдет индивидуализация, учет особенностей «потерпевшего» в иных отраслях права.

ПРИМЕНЕНИЕ ПРАВА: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

Ударцев Иван Олегович,
секретарь судебного заседания
Арбитражного суда Красноярского края.

Научный руководитель:
Шафиров Владимир Моисеевич,
д.ю.н., профессор,
заведующий кафедрой теории государства и права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Применение права является особой формой реализации права, связанной с осуществлением властных полномочий компетентными органами¹, в результате которых принимаются юридически обязательные акты². К применению права, как самому процессу и его результату - правоприменительному акту - предъявляется требование законности³. Как отмечает С.С. Алексеев, основное отличие правотворчества от правоприменения состоит в том, что правоприменитель призван «обеспечить проведение в жизнь общих программ», заложенных в правовую систему государства, и осуществить их «воплощение в реальных

¹ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2004. С. 331.

² Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М.: Юридическая литература, 1981. С. 321.

³ Матузов, Н.И. Теория государства и права. М., 2007. С. 332- 335.

жизненных процессах с учетом особенностей конкретной жизненной ситуации»¹.

Конституция Российской Федерации является главным источником «общих программ» российского права и оказывает «прямое воздействие на правотворчество и правоприменение»². Вместе с тем возникает ряд вопросов: в полной ли мере современный правоприменитель руководствуется положениями Конституции России³, достигается ли реальное и полное проведение в жизнь закрепленных в ней принципов и норм, в полной ли мере правоприменительные акты соответствуют Конституции Российской Федерации?

Данные вопросы небесспорны, поскольку современный правоприменитель⁴ в своей деятельности очень часто исходит из различных мотивов, например, стремления к увеличению статистических показателей деятельности; из безукоснительного соответствия выносимых судебных актов принципу единообразия судебной практики, сформированной высшими судебными инстанциями; узкого понимания законности как соответствия правоприменительного акта исключительно нормам права. В итоге правоприменитель забывает о конечной цели своей деятельности - охране прав и свобод граждан - и не выполняет основную обязанность государства, возложенную на него как на представителя власти, сформулированную в статье 2 Конституции Российской Федерации: «Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». В результате для современной правоприменительной практики характерно преобладание жесткого формализма, то есть приоритета буквы закона над его духом.

Анализ действующего законодательства приводит к выводу о том, что условия формального подхода к применению права заложены именно в нем. Отчетливо данная проблема проявляется при разрешении спорных ситуаций, регулирование которых либо отсутствует в целом, либо урегулировано частично, либо регулирование имеет противоречивый характер.

Обратимся к порядку применения права судами в соответствии с процессуальным законодательством. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации предусматривают обязанность судов разрешать споры на основании Конституции Российской Федерации и

¹ Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юридическая литература, 1981. С. 323.

² Жилин, Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. М.: Проспект, 2010.

³ В частности статьёй 18 Конституции Российской Федерации, согласно которой права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, органов местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.

⁴ В рамках данной статьи речь будет идти о правоприменительной практике в рамках судебной системы.

международных договоров России, федеральных конституционных законов, федеральных законов и других нормативно-правовых актов (статья 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статья 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации).

Установленный данными нормами приоритет Конституции Российской Федерации при применении права основан на положении части 1 статьи 15 Конституции России, согласно которому Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации, а также на части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации, которая устанавливает приоритет Конституции Российской Федерации над международными актами.

При отсутствии нормативного регулирования спорного правоотношения конкретным актом действуют следующие правила.

Согласно части 6 статьи 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в случаях, если спорные отношения прямо не урегулированы федеральным законом и другими нормативными правовыми актами или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, 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 и иных нормативных правовых актов (аналогия права).

Частью 3 статьи 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации предусмотрено, что при отсутствии норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм - разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права).

Аналогичные положения закреплены в Гражданском кодексе Российской Федерации (статья 6), в Жилищном кодексе Российской Федерации (статья 7), в Семейном кодексе Российской Федерации (статья 5).

Таким образом при неурегулированности спорных правоотношений законодатель отдает предпочтение нормам права, регулирующим сходные отношения, и только в случае невозможности применения аналогии закона возникает предпосылка для рассмотрения дела, исходя из общих начал и смысла законодательства.

В связи с этим необходимо обратиться к рассмотрению понятия «аналогия права».

По мнению большинства исследователей, аналогия права является закономерным явлением правовой системы и является средством преодоления¹ пробелов в праве².

Родовое понятие «аналогия» означает сходство предметов (явлений, процессов и т. д.) в каких-либо свойствах; при умозаключении по аналогии знание, полученное из рассмотрения какого-либо объекта («модели»), переносится на другой, менее изученный (менее доступный для исследования, менее наглядный и т. п.) в каком-либо смысле объект³.

С точки зрения законодателя, аналогия права представляет собой средство для определения прав и обязанностей сторон, исходя из общих начал (общеправовых и отраслевых принципов) и смысла законодательства. Учитывая изложенное, данное понятие можно логически разделить на две части: применение общих начал (принципов права) и смысла законодательства. Однако, по мнению автора, через указанные элементы нельзя определять аналогию права в силу их различной правовой природы. При этом автор исходит из следующего.

В научной литературе под толкованием закона понимается «выяснение точного смысла, содержания толкуемой правовой нормы». Задача и цель толкования состоит в установлении «подлинной воли законодателя», заложенной в конкретной норме⁴.

Толкование закона является стадией процесса его применения.⁵ Таким образом, мы не можем приравнивать аналогию права к его толкованию, поскольку последнее всегда является обязательной стадией правоприменительного процесса, независимо от наличия или отсутствия пробелов в правовом регулировании правоотношений. Кроме того, как отмечает В.М. Шафиров, «определение смысла права при отсутствии норм требует не поиска сходных явлений, а перехода на более высокий концептуальный уровень (общих положений) познания его сущности»⁶.

Таким образом, аналогия права и толкование права являются самостоятельными процессами⁷, отождествление которых невозможно.

Принципы права – это нормативные обобщения, которым присуща всеобщность и универсальность действия. Они имеют собственное содержание и непосредственно регулируют поведение граждан⁸. Принципы права наряду с другими нормативными обобщениями «дают

¹ Бошно С.В., Шиндяпина Е.Д. Соотношение аналогии права и аналогии закона // Юрист. 2006. № 7. С. 6

² Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юридическая литература, 1981. С. 334.

³ Большая советская энциклопедия. URL: <http://slovari.yandex.ru>.

⁴ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2004. С. 345.

⁵ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2004. С. 334.

⁶ Шафиров В.М. Установление смысла законодательства и аналогия // Российская юстиция. 2009. № 8. С. 2.

⁷ Там-же. С. 2.

⁸ Шафиров, В.М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 165 – 170.

наиболее широкий простор для личного усмотрения, проявления инициативы, творчества» личности¹.

Исходя из указанного определения принципов права, можно сделать вывод о том, что последние имеют различную правовую природу в сравнении с аналогией права, в связи с чем представляется некорректным данное законодателем определение понятия аналогии права через применение принципов и установление смысла закона.

Предусмотренное законодателем условное применение принципов права при разрешении споров (существование пробела в праве и невозможность его устранения с помощью аналогии закона) противоречит сущности принципов, а также положениям части 1, 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации, статье 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статье 11 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

Таким образом, законодатель устанавливает преимущественное применение норм права над иными нормативно-регулятивными средствами, в том числе принципами, закрепленными в Конституции Российской Федерации. Отрицательное отношение правоприменителя к прямому применению принципов по сути ведет к ограничению реализации прав и свобод граждан, свидетельствует о неполноценности обеспечения прав граждан государством в лице его органов.

По мнению автора, степень правового урегулирования спорных отношений не влияет на прямое регулятивное действие самих принципов права. Формальное применение норм права ведет к ущемлению прав и свобод граждан и снижению эффективности их защиты. Рассмотрим пример из судебной практики.

В соответствии со статьёй 10 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» участники общества, доли которых в совокупности составляют не менее чем десять процентов уставного капитала общества, вправе требовать в судебном порядке исключения из общества участника, который грубо нарушает свои обязанности, либо своими действиями (бездействием) делает невозможной деятельность общества, или существенно ее затрудняет.

На практике директор общества, одновременно являясь его участником, совершает неправомерные действия путем использования полномочий единоличного исполнительного органа общества с ограниченной ответственностью. Иные участники общества, считая, что действиями руководителя общества нарушаются их права и законные интересы, обращаются в суд с иском об исключении данного участника из общества. Суд отказывает в удовлетворении заявленного требования,

¹ Шафиров В.М. Естественнo-позитивное право: введение в теорию. Красноярск: ИЦ КрасГУ, 2004. С. 165 – 170.

исходя только из того, что статья 10 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» распространяет свое действие только на участников общества, а не на его органы¹. Вместе с тем, избрание лица в качестве единоличного исполнительного органа хозяйственного общества не прекращает его статуса участника общества, а, напротив, увеличивает позитивную ответственность перед самим обществом и другими его участниками. Осуществленное судом буквальное толкование закона противоречит его духу, поскольку носит формальный характер и не служит необходимости защиты судом нарушенных прав и законных интересов иных участников общества.

Такая общая направленность к предпочтению работы только с формой (источником) права, а не с его сутью, ведет к снижению авторитета судебной власти. Ведь, как правильно, отмечает Т.В. Сахнова, «высшая независимость судьи проявляется в том, что он призван рассмотреть и разрешить дело в соответствии со смыслом и духом закона, умея видеть в юридической формуле право, а не формально-логическое предписание».² В противном случае развивается одно из условий правового нигилизма в обществе.

Другой проблемный вопрос, связанный с прямым действием Конституции России, возникает в случае установления судом несоответствия применяемого закона Конституции. Может ли в этой ситуации суд непосредственно применять положения Основного закона страны, либо он обязан обратиться за соответствующими разъяснениями в Конституционный суд Российской Федерации?

Часть 3 статьи 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации предусматривает обязанность арбитражного суда обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации с запросом о проверке конституционности закона, если суд придет к выводу о несоответствии закона Конституции. В данном случае арбитражный суд приостанавливает рассмотрение дела (пункт 1 части 1 статьи 148 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В правоприменительной практике судов общей юрисдикции распространен противоположный подход, что обусловлено наличием Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 31.10.1995 № 5 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (далее – Постановление № 5 от 31.10.1995). Основной подход, сформулированный в данном Постановлении, выражается в следующем: положение о высшей юридической силе и прямом применении Конституции Российской

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 09.10.2003 по делу № А74-1598/03-К1-Ф02-3322/03-С2 // СПС «КонсультантПлюс».

² Сахнова Т.В. Курс гражданского права: теоретические начала и основные институты. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 99.

Федерации означает, что все конституционные нормы имеют верховенство над законами и подзаконными актами, в силу чего суды при разбирательстве конкретных судебных дел должны руководствоваться Конституцией Российской Федерации.

Итак, мы видим два различных подхода к возможности прямого применения положений Конституции в случае противоречия закона ей. Данное положение обосновано тем, что в теории существуют две противоположенные позиции относительно данного вопроса:

1) суды не могут непосредственно руководствоваться Конституцией Российской Федерации, так как это негативным образом повлияет на единообразие судебной практики и состояние законности. Суды вторгаются в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, наделенного исключительным правом осуществления проверки конституционности законов.

2) суды, столкнувшись с неконституционным законом, не применяют его и уполномочены применить нормы и принципы Конституции Российской Федерации¹, обладающие прямым действием. По мнению В.М. Лебедева, председателя Верховного суда Российской Федерации, в противном случае суд должен обратиться с запросом в Конституционный суд, что нарушит «конституционный принцип прямого действия Конституции»² и приведет к затягиванию рассмотрения спора по существу, в результате чего может быть нарушено право сторон на судопроизводство в разумный срок.

На наш взгляд, необходимо согласиться с представителями второй точки зрения на основании следующего:

- суд осуществляет правосудие самостоятельно, независимо от чьей бы то ни было воли, подчиняясь только Конституции Российской Федерации и закону (часть 1 статьи 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», часть 4 статьи 1 Закона о статусе судей в Российской Федерации), поэтому ему «не требуется ничья санкция»³ для прямого применения Конституции;

- в порядке статьи 196 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и статьи 168 Арбитражного процессуального кодекса суд определяет закон, который подлежит применению и будет положен в основу судебного акта. Более того, «принимать решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими наивысшую юридическую силу - конституционная обязанность суда любого уровня», и исключать Конституцию РФ из иерархии нормативных правовых актов только потому, что имеется специальный орган конституционного

¹ Малюшин А.А. Конституционн-судебное правотворчество в правовом государстве. М.: Норма, 2006.

² Малюшин А.А. Конституционн-судебное правотворчество в правовом государстве // СПС «Консультант Плюс».

³ Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы // СПС «Консультант Плюс».

правосудия, нет никаких оснований¹. Таким образом, суд действует в рамках своих полномочий²;

- решение суда, в котором сделан вывод о неконституционности закона и непосредственно применены положения Конституции, не имеет общеобязательного характера, не признает закон недействующим, не подлежит официальному опубликованию, распространяет свою силу только на стороны по делу и может быть обжаловано в вышестоящих судебных инстанциях; при данных обстоятельствах можно утверждать, что суд не вмешивается в компетенцию Конституционного суда Российской Федерации. Вместе с тем он обязан направить соответствующий запрос в Конституционный суд для «дисквалификации дефектного закона».

Как указывает А.А. Малюшин, на сегодняшний день Постановление № 5 от 31.10.1995 является значительным отступлением от «позитивистского подхода в правопонимании и правоприменении», поскольку оно ориентирует суды на «отказ от применения неправового закона как противоречащего конституционным положениям»³.

При этом положение части 3 статьи 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации по сути является запретом на непосредственное применение положений Конституции. В связи с этим данное законодательное положение подлежит изменению.

Конституция исполняет роль Основного Закона Российской Федерации, в нормах которого в обобщающей форме ясно и четко раскрываются и закрепляются основы общественных отношений, придавая должное направление и принципиальное содержание их последующей регламентации в актах текущего законодательства и правоприменительной деятельности⁴.

Необходимо признать, что законодательству как источнику права присущи недостатки, противоречия и пробелы, но данное обстоятельство не должно приводить к постоянным изменениям, дополнениям закона, поскольку это нерационально и влечет преобладание казуистики правового регулирования и излишней регламентации правоотношений, что в свою очередь сведет к минимуму правовую активность субъектов права.

Задача правоприменителя в данной ситуации заключается в том, чтобы оперативно вынести правоприменительный акт, который будет

¹ Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы // СПС «Консультант Плюс».

² Согласно правовой позиции, выраженной Конституционным Судом РФ в Постановлениях от 16.06.1998 и 23.02.1999, суды общей юрисдикции и арбитражные суды, руководствуясь ч. 2 ст. 120 и ч. 3, 5 и 6 ст. 76 Конституции РФ, должны самостоятельно решать, какие нормы подлежат применению в рассматриваемом деле при наличии пробелов в правовом регулировании, а также в случае обнаружения не отмеченных в установленном порядке, но фактически утративших силу норм либо противоречий между нормами.

³ Малюшин А.А. Конституционн-судебное правотворчество в правовом государстве // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Жилин Г. А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы // СПС «Консультант Плюс».

основан на обстоятельствах дела и духе закона, что в итоге позволит реализовать право лица.

В обоснование данного суждения приведём слова одного из разработчиков Гражданского кодекса Франции, Портали: «Цель закона – выявить и закрепить общие принципы права и не опускаться до деталей вопросов, которые могут возникнуть в любой области». «Применять законы – дело судей и юристов, проникнутых их общим духом». Задача судьи – «научиться мудро и умело использовать эти общие принципы в конкретных целях, сужая или расширяя сферу их действия в зависимости от каждого отдельного случая»¹.

ПРАВОВАЯ АККУЛЬТУРАЦИЯ В РОССИИ

Феденёв Святослав Сергеевич,
студент 2 курса юридического факультета
Казанского юридического института (филиала)
Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Научный руководитель:
Мингалиев Ренат Равильевич,
преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин
Казанского юридического института (филиала)
Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Актуальность исследования вопросов правовой аккультурации обусловлена прежде всего развитием международной и внутренней политики государств, непрерывным обменом между странами во всех отраслях. В свою очередь правовая аккультурация представляет собой процесс взаимодействия различных правовых культур, заключающийся в восприятии одной из них элементов другой правовой культуры или возникновении новой правовой системы. Но тут важно определить долю влияния одной правовой культуры на другую, посредством каких инструментов будет реализовываться процесс взаимодействия различных правовых культур (возвращаясь к определению), что послужит основанием возникновения или изменения правовой культуры. Особо важно определить уровень влияния современного права на традиционное. Немаловажным представляется вопрос о том, что заимствует государство и правовая система в целом в результате аккультурации: отдельные правовые институты, элементы юридической техники, практики правоприменительной деятельности и т.п.? Или происходит заимствование системы общих идей, взглядов?

¹ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т.1. М.: Международные отношения, 1998. С. 139.

Соответственно, главной целью будет ответить на эти вопросы на примере России. Для достижения поставленной цели рассмотрим правовую аккультурацию России во времени и пространстве.¹

Рассматривая правовую аккультурацию в России, нужно отметить её циклический характер, т.е. данный процесс проходит несколькими обособленными этапами, «волнами». Волнами мы понимаем тотальную аккультурацию, широкое влияние зарубежного права на отечественное.

Первой волной, которая фактически создала правовую систему Руси (начало процесса юридической аккультурации как элемента правовой аккультурации), было принятие христианства. Прежде всего это связано с непосредственным влиянием Византии, близкого соседа славян. Православная Византия выступила образцом развития для отказавшейся от язычества Руси. Передача опыта управления государством и правовых практик регулирования социальных процессов Византией славянам началась в IX веке. Источниками, доказывающими это являлись: договоры русских князей с Византией, а затем и принятие православия.² Православная церковь стала центральной структурой, придала русским княжествам характер государственных образований:

- источником власти русских князей стал божественный мандат на правление, передаваемый им церковью в ходе специального церковного обряда — «венчания и возведения на престол»;
- государственное единство обеспечивалось верностью, основанной на религиозных клятвах, и зачастую поддерживалось разнообразными церковными санкциями;
- наличие первичных признаков государства: церковная «десятина» как специфический налог;
- создание церковной юрисдикции;
- создание «писаного» права (церковная культура привела к формированию славянской письменности, а регулярное управление, основанное на следовании стабильным и сложным религиозным канонам, потребовало письменной фиксации правового порядка в стране).

Христианизация русского права влекла за собой медленное наступление на традиционные нормы язычников: запрет кровной мести; сокращение зоны применения, а затем и полный запрет ордалий; упорядочение брачно-семейных и наследственных отношений; запрет ростовщичества и прочее.

Основным же результатом первой волны можно считать принятие Русью основной «идеи права» Византии. Произошло это при помощи транспозиции: перенесение лексической единицы из бытового языка на терминологический уровень.

¹ Гумилев Л. Н. Древняя Русь и Великая степь. М.: Мысль, 1993.

² Николин А. Церковь и государство (история правовых отношений). М.: Сретенский монастырь, 1997.

Важной особенностью первой волны аккультурации явилось то, что Русь не усвоила теоретической части восточно-римской юриспруденции, сложной правовой терминологии и юридической конструкции, описывавших разнообразные проявления права.¹

С падением в 1453 году Константинополя православная империя обрела новый центр – Москву. С этого времени Москва стала «Третьим Римом». С данного момента началась вторая волна аккультурации на Руси.

Приняв статус «Третьего Рима», Россия окончательно усвоила византийскую идею права, но в то же время придала ей московское прочтение. Имея в виду, что российское право развивалось на базе православных ценностей не как копия византийского, а как уникальное российское явление. Россия, принимая государственно-правовые традиции Византии, скопировала внешнюю форму последней, но при этом не смогла (да и не могла) воссоздать контекст, в котором они создавались и действовали в Константинополе. Примером этому может служить обряд интронизации российских монархов, в результате которого как царь, так и патриарх оказались вне сферы действия общих канонических правил, на них не распространялись те закономерности, которым подчиняются все смертные. Главы светской и духовной властей были причислены к иной, высшей сфере бытия. В результате административные функции главы государства и главы церкви, которые в Византии определялись специальными юридическими установлениями, были восприняты как проявления особой харизмы — личного внеобыденного дара суверена.

Данный факт доказывает, что существует особый путь государственно-правового развития России. Основной отличительной чертой данного пути было: наделение монарха высшей властью, (отсутствие дуализма между Церковью и государством в отличие от Западной Европы) на основании того, что он (монарх) - представитель Бога на земле. Логично, что теперь право есть правда от царя.²

В итоге «второй волны» произошли следующие изменения:

1. Юридическая наука трактовалась по воле правителя, т.е. не отделялась от административного управления. Легальное толкование права осуществлялось чиновниками, а возможность доктринального токования исключалась. Россия лишилась возможности создать сословие юристов;

2. Правосудие приобрело характер тайного и письменного процесса. При русской теократии византийского толка Церковь и Государство не делили высшую власть в обществе, а значит, и не делили роль судьи в этой жизни. Все лавры высшего авторитета доставались государю;

3. Российское государство приобрело характер империи.

¹ Рансимен С. Восточная схизма. Византийская теократия. М.: Наука, 1998.

² Шульгин В. С. Государство российское: Общество и власть. С древнейших времен до наших дней. М.: Издательство МГУ, 1996.

Военные столкновения и торговые контакты России с Западом существенно повлияли на выбор российским обществом направления своего развития, в том числе и в выборе нового образца государственно-правового развития.

Данные обстоятельства явились причиной «третьей волны» правовой аккультурации. Россия сделала выбор в пользу светского, рационально устроенного общества, государства и права. Следование западным культурным образцам в западной государственно-правовой традиции появилось в российском государстве до Петра I, но реализовалось только в результате реформ Петра I и его наследников.

Все началось с военной экспансии Петра I, выступившей способом приблизиться, географически влиться в Запад, а закончилось секуляризацией государственно-правовой жизни и массивным заимствованием нормативно-правовых предписаний и юридических техник.

Были проведены обширные кодификационные работы, изменена юридическая техника, что выразилось в:

а) обретении русским правом западной отраслевой структуры, появлении многочисленных отраслей и институтов, ранее не известных русскому праву (вексельное право, регулирование права на разработку недр, договор товарищества, новые организационные формы предпринимательской деятельности и т.д.);

б) превалировании письменного нормативно-правового акта над иными источниками права;

в) переходе от каузальных предписаний к абстрактно-общим нормам;

г) вытеснении формальными моментами (письменная форма сделки, их регистрация) традиционных, архаических юридических ритуалов (религиозно-символических актов, ранее выполнявших роль юридических фактов), письменных зафиксированных фактов над свидетельскими показаниями.¹

Все действия были направлены на модернизацию России по западному образцу, но согласно Отечественным традициям. Происходят существенные преобразования государственной организации:

а) создается регулярная армия и флот;

б) знатность происхождения заменяется принципом выслуги и служилой пригодности как основания занятия государственных должностей (Табель о рангах 1722 г.);

в) вводится новая административно-управленческая система (замена приказной системы и боярской думы министерской системой и служилой бюрократией);

¹ Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. СПб.: Комплект, 1992.

г) создается Синод, и тем самым церковное управление окончательно превращается в одно из государственных ведомств;

д) развивается профессиональная школа, в том числе формируется самостоятельная профессия юристов, которая окончательно оформилась в важнейшую сферу социальной практики после учреждения первых русских университетов в конце XVIII — начале XIX вв., а также после судебных реформ второй половины XIX века.¹

Развитие российского права на западный манер стало определяться все более нарастающим стремлением к приведению жизни в порядок на основе разумного понимания целей индивидуальной и общественной жизни. Речь идет о глобальной аккультурации чужой государственно-правовой традиции.

В свою очередь данный процесс имел следующие особенности:

1. Модернизация государства и права осуществлялась в результате реформ «сверху», т.е. «вестернизация» осуществлялась по воле и по инициативе монарха, а значит, в России консервировался взгляд на право, как на приказ власти.

2. Копирование западного опыта в сфере правового развития страны шло от прямого копирования (перевода и принятия) источников зарубежного права к созданию собственных источников на основе заимствованных принципов. Например, в области уголовного права, правового регулирования земства, государственных финансов, государственного управления и административного права в XVIII века Россией был заимствован практически весь массив действовавших нормативно-правовых предписаний и применявшихся юридических конструкций. Однако в дальнейшем российское правоведение, восприняв идеи западного права, вполне самостоятельно формулировало конкретные нормативно-правовые предписания в данных отраслях законодательства.

3. «Рванный» темп разворачивания третьей волны модернизации в течение XVIII-XIX вв. Целью российской модернизации, в том числе и государственно-правовой, было преодоление отставания в первую очередь в сфере науки, производства, а уж затем уровня жизни населения. Запад предъявлял России своего рода «вызовы» (промышленно-технологические, финансовые, а главное — военные), актуализирующиеся при очередном близком контакте этих двух миров.²

Анализируя данные «волны» модернизации, можно сказать, что в России проходила цикличная правовая аккультурация, имевшая ряд отличительных признаков:

- в основе аккультурации был обмен общих идей, взглядов;

¹ Исаев И. А. История России: Правовые традиции. М.: ЮКИС, 1995.

² Ильин В. В., Ахиезер А. С. Российская государственность: истоки, традиции, перспективы. — М.: Издательство МГУ, 1997.

- процесс аккультурации был тотальным, при этом имел половинчатый характер: часть норм заимствовалась в оригинальном виде, если они отсутствовали в национальном праве, а большая часть норм имела «Отечественное прочтение»;
- цикличность процесса правовой аккультурации была связана со скачками в экономическом развитии;
- основным инструментом правовой аккультурации был приказ «сверху», аккультурация осуществлялась по воле и по инициативе правителя.

В заключение хотелось бы отметить уровень влияния современного права на традиционное, для этого необходимо рассмотреть правовую аккультурацию в рамках настоящей действительности. Согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ 1993 года 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. Данный пункт статьи является основанием влияния современного права и считается составной частью национальной правовой системы в условиях процесса глобализации.

К ВОПРОСУ О СОСТАВЕ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ТЕХНИКИ

Шарно Оксана Игоревна,
аспирант кафедры теории и истории государства и права
Волгоградского государственного университета

Научный руководитель:
Давыдова Марина Леонидовна,
к.ю.н., доцент кафедры
конституционного и муниципального права,
Волгоградского государственного университета

Проблемы правоприменения, а, соответственно, и правоприменительной техники в современном мире приобретают первостепенное значение, т.к. основная ее задача заключается именно в эффективной реализации правовых норм. Общеизвестно, что воля государства (правовые нормы) должна не только «храниться и доводиться до сведения всех заинтересованных субъектов»¹, но и успешно

¹ Чигидин Б.В. К вопросу о понятии юридической техники // Представительная власть: законодательство, комментарии, проблемы. 2002. № 5-6. С. 34-39.

реализовываться¹ и применяться, что достигается специализированными технико-юридическими правилами, подчиненными соответствующим методам (способам), реализуемыми при помощи специальных приемов и средств.

Но прежде чем говорить о составе правоприменительной техники, следует проанализировать технику юридическую, т.к. правоприменение лишь один из последующих этапов законотворчества и правореализации (имеется ввиду соблюдение, исполнение, использование, правоприменение²). Вопрос о составе юридической техники дискуссионен и актуален в современной действительности отчасти от того, что *определяется как «бесконечное множество»³* научно - обоснованных и практически подтвержденных методов, способов, правил, приемов и средств⁴, Рассматриваемые компоненты или разграничиваются (В.Н. Карташов, С.С. Алексеев, Ю.А. Тихомиров, Д.А. Керимов) или отождествляются (Д.А. Ковачев). Последнее, по нашему мнению делать нецелесообразно, учитывая различие технических компонентов, их предназначение и сущность. Содержание элементов юридической техники обычно связывают с определенной организацией правового материала и его внешним изложением, т.е. со структурой права, где техника выступает как комплекс методов и приемов, призванных придавать соответствующую форму содержанию правовых норм⁵. Структура права – это именно та первооснова, которая предопределяет состав и содержание средств и приемов юридической техники⁶. Следовательно, теоретически необходимо проанализировать сущность существующих технических элементов. Так, *метод* - (от греч. путь исследования, теория, учение) – это способ достижения какой-либо цели, совокупность приемов или операций практического или теоретического освоения (познания) действительности⁷, своего рода научно-техническая основа⁸. *Способ* - это порядок действий, используемых для решения какой-либо задачи, «путь достижения поставленных методом целей (метод - это алгоритм, а способ - набор

¹ Имеется ввиду наличие двух форм реализации права: опосредованной (применение права) и непосредственной (исполнение, использование и соблюдение). См.: Решетов Ю.С. Реализация норм советского права: системный анализ. Казань: Изд-во Казанского университета, 1989. 154с.

² Вопленко Н.Н. Очерки общей теории права. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009; Решетов Ю.С. Реализация норм советского права: системный анализ. Казань: Изд-во Казанского университета, 1989. С. 380-444.

³ Язык закона / под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юридическая лит-ра, 1990. С. 200.; Власенко Н.А. Язык права. Иркутск: Восточно-Сибирское книжное издательство, 1997. С. 176; Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург: Наука, 1993. С. 192.

⁴ Чигидин Б. К вопросу о понятии юридической техники // Представительная власть XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2002. № 5-6. С. 34-39.

⁵ Нашиц А. Правотворчество. М.: Прогресс, 1974. С. 144.

⁶ Алексеев С.С. Общая теория права. учебник. Т. 2. М.: Юридическая литература. М., 1981. С. 267.

⁷ Советский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М.: Советская энциклопедия, 1989. С.808.

⁸ Советский энциклопедический словарь / под ред. А. М. Прохорова. М.: Советская энциклопедия, 1989. С.808.

действий по его реализации; один и тот же алгоритм может быть реализован несколькими различными последовательностями способами). *Правила* - производные от методов элементы, воплощающие уже познанные и практически подтвержденные методологические закономерности юридической техники. Так, правила формируются на основе полученных методами и способами знаний и представляют стандарт деятельности правоприменителя. *Прием* означает конкретное познавательное (техническое) действие¹ (сравнение, аналогия) уполномоченного субъекта по реализации юридико-технического правила или операции. Под *средствами* понимаются предметы и явления, обеспечивающие получение необходимых результатов (юридические понятия, термины, конструкции, презумпции, перечисления, фикции и символы). Указанные элементы взаимосвязаны и иерархичны, и «каждый следующий уровень опирается в своем развитии на предыдущий»², а достаточно распространенная практика перечисления некоторых из них в качестве синонимов (отождествляются методы и способы, правила, приемы и средства; у одних авторов, правовые конструкции, презумпции, фикции – это приемы³, у других – средства⁴, у третьих – правила;⁵ нередко их технологические различия опускаются⁶: сложно провести границу между языком как средством, приемом и языковым правилом), по нашему мнению, не всегда оправдана. Так, познанное методами влияет на содержание правил, соблюдение которых достигается использованием приемов, представляющих выбор средств, необходимых для решения конкретной правоприменительной задачи⁷. Однако следует учесть, что метод «как система способов научного познания, с помощью которых наука «Юридическая техника» изучает свой предмет»⁸, не должен включаться в ее состав. А смысловое разграничение таких компонентов, как «способ» и «прием» не всегда целесообразно, т.к в практической деятельности юриста сложно провести объективное различие между ними. Следовательно, предпочтительнее использовать термин «средство»,

¹ Вопленко Н.Н. Толкование права // Общая теория права: курс лекций / под общей ред. В. К. Бабаева. Н-Новгород, 1993. С. 374.

² Давыдова М. Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. С. 107.

³ Баранов В. М., Варьяс М. Ю., Салыгин Е. Н. Инициативная программа спецкурса «Юридическая техника» // Проблемы юридической техники: сб. статей. / под ред. В. М. Баранова. Нижний Новгород, 2000. С. 740.

⁴ Воеводин Л. Д. Юридическая техника в конституционном праве // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1997. №3. С. 3-7.

⁵ Кашанина Г. В. Юридическая техника: учебник. М.: Эксмо, 2007. С. 100–103.

⁶ Денисов Г. И. Юридическая техника: теория и практика // Журнал российского права. 2005. № 8. С. 89.

⁷ За основу взят вывод Чигидина Б. / См.: Чигидин, Б. К вопросу о понятии юридической техники // Представительная власть XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2002. №5-6. С.34-39.

⁸ Давыдова М.Л. Юридическая техника [общая часть]: учеб. пособ. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. 292. С. 92.

охватывающий и те явления, которые могут быть определены в качестве приемов¹. Таким образом, в *состав юридической техники* следует включить правила и средства (приемы). При этом указанные элементы в отношении конкретного вида деятельности приобретают узкоспециализированную направленность (например, в правоприменении это языковые средства (приемы) познания, аргументация юридической оценки, позиции должностных лиц по рассматриваемому делу, правила составления судебного решения и т.п.). В этой связи следует сказать, что *состав правоприменительной техники* образуют специализированные правоприменительные правила и средства. Рассмотрим каждый из указанных элементов в отдельности.

Сущность правоприменительных правил определяется многими факторами. В связи с тем, что законотворчеству и законодательной технике уделяется наибольшее внимание как в научных кругах, так и на государственной - политической арене, то и разработки в области состава юридической техники ведутся в основном с акцентом на законотворчество. Так, основными правилами законотворчества называют соблюдение логики, грамматики и синтаксиса, ровный, спокойный стиль, ясность закона, точность законодательного текста, краткость и понятность языка закона². Думается, что данные требования целесообразны и для правоприменения. Это предполагает использование профессионального языка и стиля наряду с простотой, ясностью и доступностью конкретному лицу, которому правоприменительный акт будет адресован, сочетание лаконичности с необходимой смысловой содержательностью, конкретности с требуемой абстрактностью; последовательность в изложении юридической информации; взаимосвязь, согласованность и внутренне единство правового материала³. Правоприменительная техника так же, как и нормотворческая, требует надлежащего внешнего оформления документа, что выражается в реквизитах документа: названии, времени и месте принятия, указании к кому обращен (или выдан) документ, подписях соответствующих должностных лиц, печати. Значительными особенностями обладают правила подготовки судебных решений. Они регламентируются процессуальным законодательством⁴. Наконец, к числу правил правоприменительной техники чаще всего относят: наиболее полное, адекватное выражение воли законодателя (правоприменителя); рациональную организацию и логическую последовательность изложения нормативных предписаний, помещаемых в

¹ Давыдова М.Л. Юридическая техника [общая часть]: учеб. пособ. Волгоград: Изд-во Вол ГУ, 2009. С. 96-97.

² Керимов Д. А. Законодательная техника: учеб.пособ. М.: Норма, 2000. С. 121.

³ Доржиев Ж. Б. Теория государства и права. Улан-Удэ: Изд-во ВСГТУ, 2005. С. 97.

⁴ Например, глава 16 Гражданско-процессуального кодекса РФ от 23 октября 2002 регулирует такие вопросы, как форма решения суда, его содержание, исправление опечаток и явных арифметических ошибок.

нормативном правовом акте; отсутствие пробелов и противоречий; краткость и компактность изложения правового материала при достаточной глубине и всесторонности отражения его содержания; ясность, простоту и доступность языка, точность и определенность используемой терминологии; своевременное обнародование и вступление в силу правовых и правоприменительных актов в соответствии с установленным законом порядком¹. Разумеется, перечень общих правил не является исчерпывающим (например, индивидуальные акты готовятся конкретным правоприменителем под конкретную ситуацию и для конкретного лица) и может быть дополнен и разделен: а) по содержанию: строгое соответствие действующим требованиям законодательства; издание в пределах компетенции правоприменительного органа или должностного лица; всесторонняя обоснованность, логичность, последовательность в изложении, соответствие стилистическим и лингвистическим требованиям; б) по оформлению: наличие необходимых реквизитов (даты, подписи, наименования), придающих этим актам официальный характер, принятие в установленной законом форме (приказ, распоряжение); в) по структуре: четкость структуры (наличие, например, описательной, мотивировочной и резолютивной части для судебных решений), построение в соответствии с требованиями законодательства (соответствующих инструкций).

Приемами и средствами применения юридических норм являются, например, квалификации деяния, построение правоприменительного акта (содержательные и процедурно-процессуальные). Сюда следует отнести юридические термины (понятия, словосочетания используемые при изложении содержания правоприменительного акта), юридические конструкции (специфическое строение материала, складывающееся из определенного сочетания прав, льгот, поощрений, обязанностей, запретов, приостановлений, наказаний и т.д., процессы и процедуры), презумпции, фикции. Так, *правовые презумпции* - это предположения о наличии или отсутствии определенных фактов, которые подтверждаются или опровергаются в процессе доказывания (презумпция невиновности²); *правовые фикции* - сформулированные в законодательстве положения о несуществующих фактах, которые признаются существующими, а потому имеющими определенные юридические последствия; *юридические конструкции* - идеальные модели, схемы, шаблоны структурного построения прав, обязанностей, ответственности и иных элементов, используемых законодателем для формулирования правовых норм, («прикладывая» юридические конструкции к тем или иным общественным отношениям, люди упорядочивают свою социальную жизнь,

¹ Денисов Г. И. Юридическая техника: теория и практика // Журнал российского права. 2005. № 8. С. 37-40.

² Конституция РФ Ст. 49 Ч. 1. от 12 декабря 1993 г. // СПС «КонсультантПлюс».

удовлетворяют разнообразные интересы, нормализуют общественный порядок); *правовой символ* - создаваемый или санкционируемый государством условный образ, отличительный знак, представляющий собой видимое или слышимое образование, которому придается политико-правовой смысл, используемый для передачи правовой информации адресату (Государственный флаг, Государственный гимн, Государственный герб, сигналы светофора при регулировании дорожного движения, дорожные знаки, логотипы); *правовые аксиомы* - это положения, которые не требуют доказательств в юридическом процессе, а принимаются без доказательств в силу их убедительности, истинности (всякое сомнение толкуется в пользу обвиняемого; закон обратной силы не имеет и т.п.).

Одним словом, схожесть и различие элементов юридической и правоприменительной техники, обусловлены спецификой и содержанием юридической деятельности.

Исходя из многообразия юридической деятельности, а отсюда и различных элементов юридической и правоприменительной техники, рассмотренные выше компоненты целесообразно сгруппировать, беря за основу сущность осуществляемой деятельности. Это позволит выявить специфику правоприменительных элементов. При этом изначально следует отметить уже существующие группы и подгруппы.

Одна точка зрения заключается в том, что элементы можно разделить на ¹: а) элементы, используемые для внешнего оформления нормативных актов; б) элементы рациональной организации структуры, стиля, логико-языкового построения содержания правовых предписаний; в) элементы разработки и оформления правоприменительных и интерпретационных актов; г) элементы систематизации и учета правовых актов; д) элементы опубликования правовых актов².

Другая, представлена тремя группами наиболее значимых средств, а именно: а) общесоциальными (по природе своей не имеют юридической специфики, однако незаменимы в качестве идеальной и материальной основы деятельности юриста); б) доктринальными (разрабатываются правовой теорией, существуют в идеальном виде как часть профессионального правосознания, выступают теоретической основой профессиональной юридической деятельности); в) нормативными (получают нормативное закрепление и функционируют в правотворческой,

¹ См.: Язык закона / под ред. А.С. Пиголкина. М.: Юридическая лит-ра, 1990. С. 200. ; Власенко Н. А. Язык права. - Иркутск: Восточно-Сибирское книжное издательство, 1997. С. 176. ; Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург: Наука, 1993. С. 192.

² См.: Конституцию РФ от 12 декабря 1993г.; О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания : ФЗ от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ ; О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента РФ, Правительства РФ: Указ Президента РФ от 23 мая.1996 г. № 763 и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти", а также в нормативно- правовые акты субъектов РФ

правореализационной и иных сферах юридической деятельности в качестве самостоятельных средств правового регулирования).¹

Учитывая вышеуказанное деление, представляется возможным сгруппировать элементы состава юридической техники в контексте правоприменения следующим образом: 1) общесоциальная группа (элементы, не имеющие юридической специфики, но служащие основой деятельности юриста), 2) техническая группа (материально-техническое обеспечение различных сфер деятельности), 3) юридическая группа (элементы, отражающие содержание юридической деятельности). Причем последнюю можно *разделить* на такие подгруппы, как: общая (элементы, характерные для всей юридической деятельности) и специальная (элементы, предназначенные для конкретного вида юридической деятельности). Следовательно, правоприменительные элементы отражены в специальной или, как еще можно обозначить, правоприменительной группе, которая представлена содержательными (индивидуально-правовые предписания, преюдиции, коллизии, аналогия права и закона, правила построения правоприменительного акта), процедурно-процессуальными (процессы (судопроизводства) и процедуры (образование юридического лица) и знаково-символьными (правоприменительная символика) подгруппами элементов.

Правовая система не является застывшим, раз и навсегда сформировавшимся образованием. Она находится в постоянном развитии и движении. Соответственно, со временем может изменяться как перечень, так и состав ее компонентов. Поэтому целесообразно признать, что рассмотренное нами «деление» технических элементов правоприменения достаточно условно, они могут пересекаться и активно дополнять друг друга, т.к. «правоприменение представляет собой творческий процесс перевода абстрактных правовых предписаний в плоскость конкретных обстоятельств»².

Одним словом, вся рассмотренная нами совокупность правоприменительных элементов естественно способствует тщательной отработке текста акта и порядка правоприменительных действий, служит важнейшим условием и характеристикой высокого качества правоприменения. И напротив, путанные тексты, неюридический язык, игнорирование правил составления, противоречия в использовании юридических понятий резко снижают эффективность правовой системы³. Следовательно, нужно развивать правоприменительную технику -

¹ Давыдова М. Л. Юридическая техника [общая часть]: учеб. пособ. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2009. С. 103.

² Шипунов И. В. Техника отражения юридической ситуации в правоприменительном процессе // Юридическая техника. 2007. №1. С. 78.

³ Тихомиров Ю. А. Юридическое проектирование: критерии и ошибки // Журнал российского права. 2008. № 2. С. 79–82

комплексный механизм, базирующийся на ресурсном, кадровом и информационном обеспечении (необходимая материальная, техническая оснащенность, повышение правовой квалификации правоприменяющих субъектов, разработка процессуальных документов и инструкций по оптимизации и унификации правоприменительных действий), что достигается вовлечением всех рассматриваемых элементов правоприменительной техники в их совокупности, взаимосвязи, сопоставлении в процесс реализации правовых норм, оптимизация которых возможна в конкретных правоприменительных действиях, например в судебной деятельности Конституционного суда РФ, в рамках индивидуального судебного регулирования. При этом анализироваться должны и действия правоприменителя (*процедурно-процессуальные* элементы правоприменительной техники (конституционное судопроизводство и процедуры, вариативные по своему содержанию и значению), и выносимые судом правоприменительные решения (*содержательные* элементы правоприменительной техники), и судебная символика (*знаково-символьные* элементы). Причем основой содержания и символичности элементов является процессуальность действий. Так, именно процедурно - процессуальные элементы задают направленность и определяют сущность содержательных элементов, которые тесно взаимосвязаны и в своей совокупности отражаются знаково-символьными компонентами.

КОРРУПЦИЯ КАК ФАКТОР, СНИЖАЮЩИЙ ЭФФЕКТИВНОСТЬ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО МЕХАНИЗМА

Юрышев Сергей Сергеевич,
студент 1 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Евдокимов Константин Николаевич,
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Что же такое коррупция? Коррупция (нем. *korruption*, фр. *corruption*, лат. – *corruptio*) переводится как соращение, подкуп; упадок; подкуп взятками, продажность должностных лиц, политических деятелей. Впервые в отечественной юридической литературе термин "коррупция" был введен в правовой понятийный аппарат А. Я. Эстриным в работе "Взяточничество", которая вышла в рамках работы кружка уголовного

права при Санкт-Петербургском университете в 1913 г.¹

Современное российское законодательство (Федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции») определяет понятие коррупции как злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами.

В современной научной и публицистической литературе к определению понятия «коррупция» сложилось множество подходов. Например, коррупция как подкупаемость и продажность должностных лиц и государственных чиновников, а также общественных и политических деятелей вообще.² Однако, по моему мнению и мнению многих ученых, данное определение не в полной мере отражает понятие коррупции. В некоторых учебниках понятие коррупции определяется шире, например, как социального явления, характеризующегося подкупом-продажностью государственных и иных служащих и на этой основе корыстным использованием ими в личных либо узко групповых, корпоративных интересах официальных служебных полномочий, связанных с ними интересов и возможностей.³

Очевидно, что эти понятия сводятся лишь к взятке и злоупотреблению служебным положением. И.А. Клепицкий и В.И. Резанов полагают, что в правовом понимании коррупция – это злоупотребление властными полномочиями для получения выгоды в личных целях.⁴ Советский энциклопедический словарь говорит, что коррупция это – преступление, заключающееся в прямом использовании должностным лицом прав, связанных с его должностью, в целях личного обогащения. В этом же ключе определяют коррупцию и международные организации. Например, в документах ООН коррупция определяется как «злоупотребление государственной властью для получения выгод в личных целях».⁵ Как видно из приведенных выше определений, все они имеют один общий и существенный недостаток: акцент в них делается на то, что коррупционные действия есть действия только лишь должностных лиц,

¹ Соколов А.Н., Бочаров В.М. Борьба с коррупцией: проблемы, тенденции перспективы // Правовая культура.– 2008.– №1.– С 6-17.

² Коррупция в России: сборник информационных и аналитических материалов. Выпуск 2. М.: Главный информационно-аналитический центр АРПО РФ, 2002.

³ Криминология. М., 1997. С. 594.

⁴ Клепицкий И.А., Резанов В.И. Получение взятки в уголовном праве: комментарий законодательства. М., 2001.С. 67.

⁵ Бюллетень пленарного заседания комиссии ООН по борьбе с коррупцией. М., 1992.

государственных и иных служащих, которые в целях получения личной выгоды (материальной либо иной) выполняют какие-либо действия (бездействие) в пользу лица, предоставляющего эти выгоды, путем превышения служебных полномочий и выполнением иных коррупционных действий. При этом не учитываются другие формы проявления коррупции. Многие ученые включают в понятие коррупции не только деятельность должностных лиц, но и действия иных лиц. С учетом такой позиции более точным представляется определение коррупции, данное П.А. Кабановым.¹ Под коррупцией в уголовно-правовом аспекте он понимает неправомерное завладение должностным лицом материальными ценностями, деньгами или получение услуг материального характера, а равно предоставление их иными лицами государственному служащему в формах, запрещенных уголовным законом. Иногда под коррупцией понимают социальное явление, характеризующееся разовыми либо систематическими фактами передачи государственному служащему, должностному лицу денег, подарков или оказание ему различных услуг за содействие, которое это лицо совершило, совершает, должно было или может совершить в интересах дающего взятку или оказывающего иную услугу. Яркую характеристику коррупции дает А.И. Кирпичников: «Коррупция – это коррозия власти. Как ржавчина разъедает металл, так коррупция разрушает государственный аппарат и разъедает нравственные устои общества. Уровень коррупции – своеобразный термометр общества, показатель его нравственного состояния и способности государственного аппарата решать задачи не в собственных интересах, а в интересах общества. Подобно тому, как для металла коррозионная усталость означает понижение предела его выносливости, так для общества усталость от коррупции означает понижение его сопротивляемости».²

Множество подходов говорит о том, что коррупция - это многоплановое явление, которое проявляет себя в различных формах и сферах. Актуальность в изучении проблемы коррупции на сегодняшний день определяется феноменальным уровнем её развития. В России коррупция как социально негативное явление известна с давних времен. Впервые она упоминается в Псковской судной грамоте как «посул», то есть плата за благоприятное решение дел, за совершение незаконных деяний. Чаще всего «посулы» выражались в переплатах за услуги, за ведение и оформление дел³, а при Иване Грозном состоялась первая в России публичная казнь за взятку. Судебник 1550 г. предусматривал уголовную и материальную ответственность. В Соборном уложении наказания за взятку ужесточились. А в эпоху Петра взяточничество и казнокрадство достигло своего апогея, что стало предпосылкой создания

¹ Кабанов П. А. Взятка и коррупция. М., 1992. С. 163.

² Кирпичников А. И. Взятка и коррупция в России. СПб., 1997. С. 14 – 15.

³ Седов П. В. Указ. Соч. С. 210.

института фискалов, а затем и прокуратуры.

С тех пор проблема противодействия коррупции становится неотъемлемой частью государственной политики, поскольку коррупция – это преступное явление, которое препятствует экономическому развитию страны и способствует социальному расслоению общества. Она размывает такие важнейшие конституционные принципы консолидации нашего общества, как принцип социальной справедливости и согласия в стране, народовластия, уважения прав и свобод человека и гражданина; препятствует формированию среднего класса как основы внутривластной стабильности в стране и инструмента контроля за исполнительной властью, способствует масштабным злоупотреблениям и преступности, т. е. не только тормозит прогрессивное развитие всего общества, но более того – ставит под вопрос перспективы его динамичного планомерного совершенствования.

Сегодня Россия приобрела стойкий имидж глубоко коррумпированного государства не только внутри страны, но и за рубежом. Существует своеобразный рейтинг коррупции во власти, в котором Россия занимает весьма незавидное положение в десятке самых коррумпированных стран мира в компании с Венесуэлой, Камеруном, Индией, Индонезией и некоторыми другими странами, с которыми добропорядочным политикам и деловым партнерам рекомендовано без необходимости не иметь дела. Согласно данным международной организации «Transparency International», проводящей ежегодные исследования уровня коррупции в странах мира, Россия по итогам 2010 года занимает 151-е место, т.е. стоит наравне с развивающимися странами Африки и Азии.¹

При этом одной из наиболее негативных особенностей современного развития коррупции в России является то, что она сегодня стала менее воспринимаемой и осуждаемой обществом, чему в немалой степени способствовали пробелы в правовом воспитании населения, а также усилия некоторых политиков и высокопоставленных чиновников узаконить соответствующие отношения в качестве неотъемлемого элемента государственной службы. К сожалению, не могут переломить эту тенденцию и пресса, телевидение. Острота восприятия материалов о коррупции в обществе все больше утрачивается, а воздействующая сила в плане создания обстановки нетерпимости к коррупции как социальному явлению день ото дня ослабевает. Возник своего рода синдром привыкания к ней, который стал настолько существенным, что огромную часть общества не слишком раздражает продажность отдельных государственных чиновников. Значительной частью граждан сообщения и разоблачения коррупции вообще воспринимаются, как попытки одних

¹ Аргументы и факты. 2010. №47 (1568). 24 нояб. С. 16.

российских политиков очернить своих оппонентов и заработать дополнительные очки в продвижении на те или иные должности.

Не является секретом, что сегодня коррумпированные отношения выступают связующим звеном между государственными органами и криминальными группировками, в том числе и организованными. Весьма характерно, что еще на рубеже 1990-х годов эта тенденция просматривалась уже достаточно отчетливо, а коррумпированные связи криминальных кругов с государственными чиновниками разных уровней в этот период в значительной степени предрешили последующее активное формирование и развитие в России организованной преступности. По оценкам экспертов, от одной трети до половины доходов, полученных в результате преступной деятельности, сегодня в России тратятся на создание и укрепление позиции организаторов и активных участников преступных сообществ в органах законодательной и исполнительной власти, судебной и правоохранительной системах.

Суммируя сказанное, можно сделать вывод о том, что коррупция стала проявлять себя в более устрашающих формах, и без промедления необходимо сосредоточить усилия на ограничении ее проявлений, снижении степени ее влияния, минимизации вредных последствий, чтобы в конечном итоге свести ее до приемлемого, социально-терпимого уровня.

Неслучайно проблему борьбы с коррупцией Президент России Д.А. Медведев поставил во главу угла своей деятельности, подчеркнув, что для становления России цивилизованным государством страна должна прежде всего стать государством правовым.

Основная опасность коррупции как антигосударственного и общественно-опасного явления заключается в ее разрушительном воздействии на основы государственного устройства и конституционные основы государственного устройства и конституционные основы правового регулирования жизни общества.¹ Разрушительной силой прежде всего являются лица, находящиеся на должности в органах государственной власти, то есть госслужащие. Они и являются главными коррупционерами и по совместительству теми людьми, которые являются «лицом» государственной власти. И, как правило, это особый слой, на который приходится основное количество взяток преимущественно крупного размера, так называемая «верховая» коррупция. В итоге получается, что власть принадлежит не самим государственным или муниципальным чиновникам, а иным лицам, осуществляющим подкуп, соответственно преследующим свои интересы. Поэтому и падает эффективность и результативность деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, а также их должностных лиц и как

¹ Хабибулин А.Г. Коррупция как угроза национальной безопасности: методология, проблемы и пути их решения // Журнал Российского права. 2007. №2. С. 45-50.

следствие падает доверие и теряется авторитет граждан. Коррупция сводит на нет всю деятельность государственного механизма.

Говоря о коррупции как об общественном вредном явлении, необходимо отметить, что коррупционные проявления влекут за собой ряд негативных последствий, обостряют существующие проблемы общества. К негативным экономическим последствиям коррупции относятся: расширение теневой экономики, приводящее к уменьшению налоговых поступлений и ослаблению государственного бюджета; нарушение конкурентных механизмов рынка; неэффективное использование государственных бюджетных средств, в частности, при распределении государственных заказов и выдаче государственных кредитов; повышение конечной цены продукции или услуг за счет «коррупционных издержек»; ухудшение инвестиционного климата.

К числу негативных социальных последствий коррупции относятся: дискредитация права как основного инструмента регулирования жизни государства и общества; отвлечение значительных государственных средств от целей общественного развития, увеличение и консервация резкого имущественного неравенств, бедность значительной части населения; укрепление организованной преступности, увеличение социальной напряженности и др.

К негативным политическим последствиям коррупции можно отнести: смещение целей и задач политики от общенационального развития к обеспечению властвования коррупционных группировок; уменьшение доверия власти, рост ее отчуждения от общества; падение престижа страны на международной арене; снижение политической конкуренции.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что под угрозу в целом ставятся гарантированность прав и свобод всех членов общества, сохранение конституционного строя, законности и правопорядка в государстве. Коррупция без постоянного противодействия и усиления борьбы с нею имеет свойство расширяться и совершенствоваться, поэтому антикоррупционная функция является одной из основополагающих функций любого государства. Основной целью антикоррупционной политики каждого государства является обеспечение защиты прав и законных интересов граждан, общества и государства от угроз, воздействия и последствий коррупции, а также укрепление доверия общества к государству и его институтам.

Одним из наиболее действенных средств правовой борьбы с коррупцией является ужесточение пресечения коррупционных правонарушений. Жесткое уголовное законодательство, устанавливающее серьезное наказание за коррупционные преступления – один из необходимых факторов, без которого борьба с этим явлением будет неэффективной.

По мнению некоторых юристов, решению коррупционной проблемы может в той или иной мере способствовать установление особого социально-правового контроля за источниками доходов, финансово-экономической и иной деятельностью лиц, подозреваемых в коррупции, и возможности временного отстранения от работы лиц, подозреваемых в коррупции, а также введения ограничений и запретов на их деятельность для воспрепятствования пользованию или сокрытию средств, добытых преступным путем. Немаловажным фактором борьбы с коррупцией является жесткий финансовый контроль. При этом некоторые государства идут по пути создания специального органа финансового мониторинга (финансовой разведки), призванного обеспечить активное противодействие отмыванию преступных доходов. Однако помимо принятия соответствующего специального законодательства необходимо еще и обеспечить эффективный механизм его применения, а также постоянно реализовывать программу действенных предупредительных мер.

Антикоррупционная политика должна включать в себя меры, направленные на решение следующих задач:

- организация борьбы с коррупцией на всех ее уровнях;
- сужение поля условий и обстоятельств, благоприятствующих коррупции;
- уменьшение выгод для обеих сторон, участвующих в коррупционной сделке, от заключения последней;
- увеличение вероятности выявления коррупционных действий и наказания за причиненный ими вред;
- влияние на мотивы коррупционного поведения;
- создание атмосферы общественного неприятия коррупции во всех ее проявлениях.

Итак, для организации эффективной борьбы с коррупцией требуется не только концентрация всех существующих правовых механизмов, но и выработка принципиально новых подходов. Сейчас принимаются программы противодействия коррупции в субъектах РФ (например, «Программа противодействия коррупции в Санкт-Петербурге на 2009-2010 годы», муниципальная программа «Противодействие коррупции в городе Нижний Тагил на 2010 год», «Программа противодействия коррупции на территории Республики Карелия на 2008-2010 годы» и др.). Изучив несколько взятых программ, можно сделать очевидный вывод о том, что эти программы содержат в себе разнообразный по сферам влияния перечень методов борьбы с коррупцией, которые направлены на профилактическую антикоррупционную деятельность. По мнению ученых, эти методы могут реально снизить уровень коррупции в субъектах РФ. Нельзя не согласиться с тем, что такой подход действительно эффективен, но не стоит забывать о том, что коррупция в России находится на высоком

уровне развития, и, следовательно, борьба с коррупцией должна быть максимально продуктивной и носить фундаментальный характер. В этой связи стоит уделить особое внимание грамотной кадровой политике, объединяя борьбу с коррупцией с наведением порядка в служебной дисциплине и неукоснительном исполнении должностных обязанностей. В этот подход необходимо включить несколько пунктов:

1. Прежде всего – преподавание в ВУЗах антикоррупционного права и учебных дисциплин, формирующих нравственные качества у будущих государственных и муниципальных служащих;

2. Усовершенствование профессионального отбора кандидатов на должности государственных (муниципальных) служащих. В частности – это проведение психологических обследований на предмет выявления у кандидатов мотиваций к склонности совершения поступков, влекущих за собой получение личной выгоды;

3. Организация деятельности психологов в государственных и муниципальных учреждениях с преобладанием индивидуального подхода к каждому отдельно взятому сотруднику. В этом пункте важно учитывать, что подход должен быть профессионально тонким и деликатным.

Достаточно спорным, на наш взгляд, является подход, встречающийся в современной научной литературе, о применении метода нейролингвистического программирования в противодействии коррупции, т.к. данный метод предполагает определенное духовно-нравственное воздействие, которое, и, по мнению автора, должно осуществляться с добровольного согласия государственного (муниципального) служащего.

Подведём итог: для повышения эффективности деятельности государственного механизма необходимо вернуть авторитет власти путем разработки комплексных мер по борьбе с коррупцией. Только тогда все эти меры в совокупности дадут желаемый результат и возможно приведут к снижению уровня коррупции. Как сказал Президент РФ Д.А. Медведев: "Коррупция должна быть не просто незаконной. Она должна стать неприличной. Вот это, может быть, самое трудное".¹

¹ <http://kremlin.ru/news/4150>.

Актуальные проблемы теории и практики конституционного права

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ ПОСЛАНИЯ ПРЕЗИДЕНТА РФ ФЕДЕРАЛЬНОМУ СОБРАНИЮ

Акунченко Евгений Андреевич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шарнина Любовь Александровна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,
административного и муниципального права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В российской системе права существует особая форма взаимодействия главы государства и Парламента - Послание Президента РФ Федеральному Собранию. В соответствии с пунктом «е» ст. 84 Конституции Президент «...обращается к Федеральному Собранию с ежегодными посланиями о положении в стране, об основных направлениях внутренней и внешней политики государства»¹. В данном положении отсутствуют явные критерии, в соответствии с которыми можно было бы определить правовую природу Послания.

Институт Посланий характерен для таких форм правления, в которых глава государства не имеет права законодательной инициативы, но как руководитель страны устанавливает ее политический курс, что невозможно без взаимодействия с Парламентом. Классическим примером данной формы взаимодействия являются США, где Президент обращается с посланиями к конгрессу с 1790 года. В Великобритании монарх обращается к парламенту с «Тронной речью», выражающей законодательную программу правительства.

Однако в России, согласно пункту «г» статьи 84 Конституции РФ, Президент наделен правом внесения законопроектов. Это говорит о наличии полномочий главы государства в сфере законотворчества, поэтому Послание Президента Федеральному Собранию теряет смысл, присущий формам правления, в которых Послание получило свое обоснование в качестве конституционного инструмента и элемента системы сдержек и противовесов. Возникает вопрос: для каких целей был

¹ Конституция РФ: Принята всенародным голосованием 12 дек. 1993 г. // Российская газета. 1993. 25 декабря

перенят этот демократический институт, функциональное значение которого не вполне согласуется с существующим объемом полномочий главы государства?

Исходя из статьи 84 Конституции, отличительной чертой Посланий является отражение в них анализа сложившейся в стране ситуации, а также политического курса руководства страны. Частью 2 статьи 5 Федерального закона от 20 июля 1995 года № 115-ФЗ «О государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Российской Федерации» установлено, что ежегодное Послание Президента Российской Федерации, с которым он обращается к Федеральному Собранию, содержит специальный раздел, посвященный анализу выполнения программы социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу и уточнению указанной программы с выделением задач на предстоящий год¹.

Иных нормативно установленных содержательных рамок Послания нет, что дает Президенту возможность по собственному усмотрению выбирать его форму и смысловое наполнение. Анализ Посланий предыдущих лет позволил выделить некоторые закономерности формирования содержания в зависимости от различных субъективных и объективных факторов.

Непосредственное влияние на содержание Послания оказывает политическая и социально-экономическая ситуация в стране. После распада СССР Россия находилась в ситуации экономической, общественной и политической нестабильности. Было необходимо формирование новой системы права ввиду принятия Конституции и провозглашения принципов демократического правового государства. Данная ситуация нашла свое отражение в Посланиях 90-х годов XX века. Президент указывал на необходимость реформирования законодательства путем принятия новых нормативно-правовых актов и приведения старых в соответствие с объективной реальностью. Задачи по решению экономических проблем, обеспечению условий для рыночного роста, сохранению единства федерации занимали приоритетное место. Начало нового тысячелетия связано с укреплением и ростом экономики. В Посланиях Президент ставит задачи по увеличению ВВП, стимулированию предпринимательства, решению демографической проблемы, развитию сырьевых ресурсов, повышению качества жизни и т.д. Формулируются задачи по решению проблем в наиболее приоритетных сферах общественной жизни. Продолжается программное реформирование законодательства.

Индивидуальность автора Послания, безусловно, налагает отпечаток на его содержание. В Посланиях первого Президента России Бориса

¹ О государственном прогнозировании и программах социально - экономического развития Российской Федерации: ФЗ РФ от 20 июля 1995 г. №115-ФЗ // СЗ РФ.1995. №30. Ст. 2871.

Николаевича Ельцина присутствуют тезисы о предлагаемых изменениях и большая мотивировочная часть, имеющая призывный характер. Так, в условиях отсутствия большинства сторонников в Парламенте, Президент пытался убедить депутатов Госдумы и членов Совета Федерации в необходимости реализации положений, озвученных в Послании. Послания Владимира Владимировича Путина характеризовались наличием большого количества провозглашаемых целей и приоритетов. Учитывая процессы формирования партийной системы Российской Федерации и сложившегося в нижней палате Парламента устойчивого большинства партии власти, которая реализует политику, проводимую главой государства, можно предположить, что формулирование общих положений предназначено для определения политического курса данной партии. Дмитрий Анатольевич Медведев в своих Посланиях использует новый элемент - поручения. Они адресованы Правительству и должностным лицам, которым Президент доверяет реализацию государственно-значимых задач. Тем самым целевая аудитория Посланий расширяется, и на сегодняшний день глава государства обращается не только к Парламенту, но и к органам исполнительной власти. Подтверждением этого служит тот факт, что на церемонию оглашения Послания приглашаются не только члены Федерального Собрания, но и весь состав Правительства, видные политические и общественные деятели, представители церкви.

Функциональное значение Посланий попытался определить Борис Николаевич Ельцин в своем первом Послании. В нем он указал на то, что конституционной обязанностью Президента является обеспечение согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти. «Мы все нуждаемся во взаимопонимании. И оно будет найдено, если скоординированную работу сумеют наладить все, и прежде всего Президент, Федеральное Собрание и Правительство. Настоящее Послание Президента Российской Федерации - важный шаг в этом направлении. В Послании заявлен политический курс главы государства. Президент не вторгается в компетенцию ни одного из федеральных органов государственной власти. В то же время содержащиеся в Послании политические, экономические и социальные ориентиры становятся основой для оценки деятельности всех органов государственной власти. <...> Послание - не директива, но и не набор благих пожеланий. Президент обладает достаточными конституционными возможностями воздействия на положение дел. Парламент, уважая полномочия Президента, не будет воздвигать искусственные барьеры на пути реализации основных направлений внутренней и внешней политики»¹. Также он указывает на то, что Послание выступает в качестве

¹. Об укреплении Российского государства [Основные направления внутренней и внешней политики]: послание Президента РФ Федеральному Собранию от 24 фев. 1994 г // Российская газета. 1994. 25 февраля.

элемента правовой культуры. Таким образом, сама цель Посланий не столько провозглашение политических и социально-экономических задач, сколько обеспечение скоординированной работы по их выполнению. Однако значение Послания, озвученное выше, отражает политическую ситуацию начала 90-х годов. По сути это дополнительная возможность влияния на парламентариев для того, чтобы определенное решение, необходимое для развития страны, было принято, несмотря на политические разногласия. На сегодняшний момент наличие единой политической силы в Парламенте обеспечивает реализацию политического курса главы государства, и поэтому Послание теряет свой первоначальный смысл. В сложившейся ситуации его следует рассматривать в совокупности с расширением целевой аудитории. Послание приобретает форму обращения к нации и тем самым служит объединяющим фактором, призванным скоординировать деятельность не только органов государственной власти, но и институтов гражданского общества в целом.

Механизм реализации Посланий Президента неоднозначен из-за отсутствия его законодательно закрепленной процедуры. Тем более что в различных органах государственной власти восприятие и реализация Послания происходят по-разному. Как показывает практика, субъектами реализации выступают Федеральное Собрание, федеральные органы исполнительной власти и сам Президент.

Федеральное Собрание. Императивность обращения главы государства в отношении Парламента изначально исключается ввиду принципа разделения властей. Федеральное Собрание РФ обязано лишь рассмотреть положения Послания и по возможности учесть его в процессе законотворчества. После оглашения Послания палаты Федерального Собрания принимают соответствующие постановления в целях реализации Посланий Президента. Так, например, в Постановлении Государственной Думы от 19 мая 2006 г. № 3129-IV ГД указано, что для координации деятельности комитетов Государственной Думы по реализации Посланий Президента создается рабочая группа, в состав которой включаются председатели комитетов Государственной Думы, председатель Комиссии Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации по противодействию коррупции, по три представителя от каждого депутатского объединения в Государственной Думе и один представитель от депутатов Государственной Думы, не вошедших в депутатские объединения в Государственной Думе¹. В действующем созыве такая

¹ Об образовании рабочей группы Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации по реализации положений Посланий Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации 2006 и 2007 годов: Постановление Государственной Думы РФ от 19 мая 2006 г. №3129-IV ГД // СЗ РФ. 2006. № 22. Ст. 2317.

рабочая группа сформирована 5 декабря 2008 года¹. Как правило, она функционирует до окончания срока полномочий нижней палаты Парламента. В Совете Федерации принимаются Постановления, которые утверждают программу по реализации соответствующего Послания и предусматривают создание рабочих групп для организации работы по соответствующей программе. Постановлением Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 25 мая 2005 года № 161-СФ учреждается программа действий Совета Федерации по реализации Посланий Президента Федеральному Собранию, рассчитанная на период с 2005-го по 2015 годы. Как указано в парламентской программе, «целью является повышение эффективности и согласованности взаимодействия органов конституционного партнерства в деятельности по реализации основных направлений внутренней и внешней политики государства»². Подобный механизм реализации Посланий сформировался в период президентства В.В. Путина, однако практика принятия Постановлений о реализации Посланий существует с момента учреждения данного правового института. В 1994 году Госдума приняла Постановление о Послании Президента, в котором обозначила основные задачи, стоящие перед Парламентом, а также сформулировала основные направления законодательной деятельности³.

Федеральные органы исполнительной власти. До недавнего времени реализация Посланий Президента федеральными органами исполнительной власти выглядела следующим образом: после оглашения ежегодного Послания Правительство принимало соответствующие Постановления, в которых излагался план реализации Послания. В них предусматривается комплексный перечень действий, которые органы исполнительной власти должны осуществить в течение следующего календарного года. Так, например, Постановлениями от 30 апреля 1997 г. № 495 утверждается план реализации Послания Президента⁴, а Постановлениями от 26 сентября 1997 г. № 1233 и от 28 августа 1997 г. №

¹ Об образовании рабочей группы Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации по реализации положений ежегодных посланий Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации: Постановление Государственной Думы РФ от 5 дек. 2008 г. №1343-5 ГД // СЗ РФ. 2008. № 50. Ст. 5853.

² О Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации на 2005 год и программе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по его реализации: Постановление Совета Федерации РФ от 25 мая 2005 №161-СФ // СЗ РФ. 2005. №22. Ст. 2058.

³ О Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию "Об укреплении Российского государства (Основные направления внутренней и внешней политики): Постановление Государственной Думы РФ от 16 мар. 1994 г. №72-1 ГД // Ведомости ФС РФ. 1994. № 3. Ст. 152.

⁴ Об утверждении Комплексного плана действий Правительства Российской Федерации по реализации в 1997 году Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию "Порядок во власти - порядок в стране (о положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)" и Программы Правительства Российской Федерации "Структурная перестройка и экономический рост в 1997 - 2000 годах: Постановление Правительства РФ от 30 апр. 1997 г. № 495 // СЗ РФ. 1997. № 18. Ст. 2154.

1081 в него вносятся изменения¹ и представляется отчет о ходе его выполнения². Можно предположить, что данная практика, довольно редко встречающаяся на сегодняшний день, легла в основу пункта 2.1 «Типового регламента внутренней организации федеральных органов исполнительной власти». Согласно ему планирование работы федерального органа исполнительной власти по основным направлениям деятельности осуществляется на основе Послания Президента РФ Федеральному Собранию³. В Постановлении от 30 апреля 2009 г. № 389 «О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации» указано, что план законопроектной деятельности Правительства уточняется в соответствии с ежегодными Посланиями Президента Федеральному Собранию⁴.

Как уже было сказано выше, в настоящее время Послания содержат большой объем поручений. В тексте Послания формулируются четкие указания, адресованные конкретным органам исполнительной власти либо должностным лицам, однако за их неисполнение ответственность законодательно не установлена. Но учитывая тот факт, что Правительство РФ несет перед Президентом политическую ответственность, поручения Президента приобретают подразумеваемую обязательную силу. После оглашения Послания Президент утверждает перечень поручений, адресованных Правительству, отдельным правовым актом. Ответственными за их исполнение назначается Председатель Правительства, федеральные министры и главы субъектов Федерации. Примером такого акта является перечень поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию от 6 декабря 2010 г. № Пр-3534⁵. Перечисленные в перечне ответственные за реализацию Послания органы власти и должностные лица также принимают соответствующие управленческие акты для более эффективной работы по реализации Посланий.

¹ О внесении изменения в Комплексный план действий Правительства Российской Федерации по реализации в 1997 году Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию "Порядок во власти - порядок в стране [О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации] и программы Правительства Российской Федерации "Структурная перестройка и экономический рост в 1997 - 2000 годах: Постановление Правительства РФ от 26 сен. 1997 г. №1233 // СЗ РФ. 1997. № 40. Ст. 4598.

² О ходе выполнения и задачах Правительства Российской Федерации по реализации Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию "Порядок во власти - порядок в стране (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)" и Программы Правительства Российской Федерации "Структурная перестройка и экономический рост в 1997 - 2000 годах: Постановление Правительства РФ от 28 авг. 1997 г. №1081 // СЗ РФ. 1997. № 36. Ст. 4169.

³ О Типовом регламенте внутренней организации федеральных органов исполнительной власти: Постановление Правительства РФ от 28 июля 2005 г. №452 // СЗ РФ. 2005. №31. Ст. 3233.

⁴ О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации: Постановление Правительства РФ от 30 апр. 2009 г. №389 // СЗ РФ. 2009. №19. Ст. 2346.

⁵ Перечень поручений по реализации Послания Президента Федеральному Собранию: Утвержден Президентом РФ от 6 дек. 2010 г. №Пр-3534 // СПС «Гарант».

Таким образом можно сделать вывод о том, что основная нагрузка по реализации Послания ложится на органы исполнительной власти. Они являются единственными субъектами реализации, в отношении которых императивность положений Послания обеспечена мерами политической ответственности. В связи с этим возникает довольно парадоксальная ситуация: обращение, адресованное Парламенту, обязательно для реализации органами исполнительной власти.

В Российской Федерации **Президент** обладает правом законодательной инициативы. Данный факт указывает на то, что Президент может быть субъектом реализации Посланий. Однако на нем не лежит обязанность по реализации собственного Послания: решение о внесении проекта закона, предусмотренного в Послании, зависит от его собственного усмотрения.

Следует констатировать, что Послания Президента не реализуются полностью. Как показывает практика, некоторые положения либо остаются без внимания, либо воплощаются лишь спустя многие годы. Так, например, Жилищный кодекс был принят только в 2004 году, причем по инициативе депутатов Государственной Думы, хотя необходимость его принятия была озвучена в Послании еще 1994 года¹. Возможно, это объясняется тем, что Послания рассчитаны на среднесрочную перспективу, поэтому о реализации или нереализации его положений можно судить только спустя определенный период времени. В своем Послании 2003 года Владимир Путин поставил задачу удвоения ВВП за десятилетие², в 2004 году сократил срок исполнения данного положения, обозначив конкретную дату – к 2010 году³.

Рассмотренные выше отличительные черты Послания Президента Федеральному Собранию не дают возможности категорично определить правовую природу Посланий. С одной стороны, их можно определить как юридический документ⁴. Во-первых, юридические документы содержат правовую информацию. С.С. Москвин считает, что правовая информация – это используемые в общественной практике знания, сообщения, сведения о правовой сфере жизни общества, о явлениях и процессах, происходящих в этой сфере жизни⁵. Послания содержат в себе информацию о состоянии законодательства РФ, устанавливают приоритетные направления ее реформирования. Во-вторых, юридические документы имеют юридическое значение. К.В. Каргин указывает, что данная категория отражает

¹ Об укреплении Российского государства [Основные направления внутренней и внешней политики]: Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 24 фев. 1994 г. // Российская газета. 1994. 25 февраля.

² Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 16 мая 2003 г. // Российская газета. 2003. 17 мая.

³ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 26 мая 2004 г. // Российская газета. 227 мая.

⁴ См.: Каргин К. В. Юридические документы. М.: Юристъ, 2008. С. 14-44.

⁵ Гаврилов О. А. Курс правовой информатики. М., 2000. С. 14.

необходимость данного документа для участников правоотношений¹. Послания Федеральному Собранию являются легальным источником информации о положении в стране. При планировании своей деятельности содержание Посланий используют как палаты Федерального Собрания, так и Правительство РФ. В-третьих, юридические документы участвуют в процессе правового регулирования. Так, в резолютивной части ряда Постановлений арбитражных судов указывается на факты, озвученные в Послании Президента. Это свидетельствует о том, что Послания непосредственно используются в процессе правоприменения. В-четвертых, признаками правовых документов являются словесно-документальная форма закрепления и наличие соответствующих реквизитов. Послания оглашаются на торжественной церемонии, транслируемой по телевидению, а также публикуются на официальном сайте Президента и в Российской газете. Они обладают соответствующим порядковым номером, датой оглашения и публикации, а также указанием на лицо, принявшее данный документ. Некоторые авторы утверждают, что неотъемлемым элементом правового акта (юридического документа) является наличие в нем обязательных для исполнения правил поведения, общеобязательных или индивидуальных². В Посланиях последних лет эти элементы присутствуют в виде поручений Президента. Обязательность исполнения поручений обеспечивается непосредственной подчиненностью некоторых федеральных министров лично Президенту РФ, а также возможностью применения по отношению к Правительству политической ответственности. Таким образом, соответствие Посланий приведенным признакам указывает на то, что они являются ненормативными юридическими документами.

С другой стороны, отличительной чертой Посланий является их политическая функция. В них провозглашаются основные цели и задачи, которые стоят перед государством. Президент с помощью Посланий координирует деятельность органов государственной власти по достижению данных ориентиров развития общества. Послания выступают как вспомогательный элемент взаимодействия государства и личности в сферах общественной жизни. В содержании Посланий устанавливаются направления внутренней и внешней политики, то есть политический курс государства, на который в своей деятельности должны ориентироваться органы как исполнительной, так и законодательной власти.

Исходя из формы Послания, можно заключить, что оно имеет декларативный характер. Основная часть положений Послания сформулирована достаточно общо, имеет провозгласительный и призывный характер. Они не имеют обязательной силы, по крайней мере

¹ Каргин К.В. Юридические документы. М.: Юрист, 2008. С. 34.

² Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Проспект, 2008. С. 576.

для Федерального Собрания. Однако говорить о декларативности как главном признаке Посланий представляется неверным, так как озвученными чертами обладает не весь текст данного документа.

Таким образом, Послание - это комплексный политико-правовой документ, имеющий декларативный характер, содержащий анализ событий прошлого и план событий будущего с точки зрения реформирования законодательства и направления политического курса. В Посланиях предлагается поэтапная программа законодательной деятельности, мотивировочной частью которой выступает отчет о проделанной работе, анализ текущей ситуации в стране и в мире. В Посланиях также провозглашаются приоритетные цели и задачи, направления развития. Политический курс, избранный главой государства, формулируется в тезисах, демонстрирующих его отношение к определенным ситуациям. В целом, Послание Президента Федеральному Собранию – важный институт демократического государства, необходимый в условиях модернизации страны и построения гражданского общества. Его противоречивая правовая природа не связывает Президента РФ какими-либо рамками содержательного или процессуального характера. Это дает возможность адаптироваться данному правовому явлению в меняющихся условиях социальной, экономической и политической ситуации. В российской правовой системе институт обращений главы государства к Парламенту обрел свои специфические черты, и тем самым Послание получило новые функциональные качества, обеспечивающие сплоченную работу органов государственной власти путем провозглашения внутренней и внешней политики страны. Только объединенные усилия по достижению поставленных целей имеют реальный шанс на успех. И именно Послание выступает как инструмент консолидации не только государственного аппарата, но и всего общества в целом.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ГЛАСНОСТИ СУДОПРОИЗВОДСТВА

Аносова Лидия Сергеевна,
аспирантка кафедры конституционного и муниципального права
Государственного университета –
Высшей школы экономики

Научный руководитель:
Замотаева Екатерина Константиновна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного и муниципального права
Государственного университета –
Высшей школы экономики

Конституция РФ 1993 года закрепляет принцип гласности судопроизводства в качестве одного из основополагающих начал правосудия. Согласно ч. 1 ст. 123 разбирательство дел во всех судах открытое. Слушание дела в закрытом заседании допускается в случаях, предусмотренных федеральным законом. Во-первых, принцип гласности должен реализовываться во всех судах: судах общей юрисдикции, включая военные суды; распространяется на дела, рассматриваемые мировыми судьями; в арбитражных судах, Конституционном Суде, конституционных (уставных) судах субъектов Федерации. Во-вторых, открытый судебный процесс Конституция провозглашает в качестве правила, а закрытое судебное разбирательство - как изъятие из этого правила. Кроме того, в силу ч. 2 ст. 123 заочное разбирательство уголовных дел в судах не допускается, кроме случаев, предусмотренных федеральным законом.

Другие нормы Конституции не касаются непосредственно гласности правосудия, но затрагивают этот вопрос в части регулирования информационной открытости в целом (ст.ст. 15, 23, 24, 29, 33, 41-45, 55, 56). Так, согласно ч. 4 ст. 29 Конституции РФ каждый имеет право свободно искать, получать, производить и распространять информацию любым законным способом. Реализация права на информацию ограничена требованиями закона.

В статье 9 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹ говорится о том, что разбирательство дел во всех судах открытое. Слушание дела в закрытом судебном заседании допускается в случаях, предусмотренных федеральным законом. Аналогичная норма содержится и в ст. 14 Закона РСФСР от 8 июля 1981 года «О судостроительстве РСФСР»².

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 1. Ст. 1.

² Ведомости ВС РСФСР. 1981. № 28. Ст. 976.

Поскольку Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» является вторым актом после Конституции по значимости регламентируемых им вопросов организации и деятельности российской судебной системы, принцип открытого разбирательства дел в суде должен быть урегулирован в нем более подробно. По нашему мнению, в Законе следует закрепить положение об общедоступности информации о деятельности судов в Российской Федерации и о принимаемых ими в открытых заседаниях решениях, расширив тем самым содержание принципа гласности.

В Гражданском процессуальном кодексе РФ и Арбитражном процессуальном кодексе РФ вопрос открытости правосудия также урегулирован. В данных актах определяются общие положения принципа гласности судопроизводства в России, случаи проведения закрытого судебного заседания, порядок проведения открытого судебного заседания (ст. 10 ГПК РФ, ст. 11 АПК РФ). Кроме того, АПК РФ устанавливает обязательность опубликования постановлений Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (ст. 307) и размещения на официальном сайте Суда в сети Интернет.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ во второй главе, раскрывающей принципы уголовного судопроизводства, не содержит указаний на гласность судебной деятельности, равно как и упоминания о широкой доступности информации о правосудии по уголовным делам. Однако нормы, посвященные гласности судопроизводства, в УПК РФ все же есть. Речь идет о ст. 241, закрепляющей гласность в виде общего условия судебного разбирательства. В ней в качестве исходного положения устанавливается, что разбирательство уголовных дел во всех судах открытое. Исключения составляют случаи, прямо перечисленные в п.п. 1-4 ч. 2 этой статьи. Обращается внимание на то, что судебное заседание может быть закрытым полностью либо частично. Лицо в возрасте до шестнадцати лет, если оно не является участником уголовного судопроизводства, допускается в зал судебного заседания с разрешения председательствующего. Приговор суда провозглашается в открытом судебном заседании. В случае рассмотрения уголовного дела в закрытом судебном заседании на основании определения или постановления суда могут оглашаться только вводная и резолютивная части приговора. В любом случае уголовное дело в закрытом судебном заседании рассматривается с соблюдением всех норм уголовного судопроизводства.

Таким образом, ст. 241 УПК РФ обеспечивает возможность непосредственного восприятия судебной деятельности не только участниками уголовного судопроизводства, но и всеми желающими.

Согласно пункту 4 указанной статьи переписка, запись телефонных и иных переговоров, телеграфные, почтовые и иные сообщения лиц могут быть оглашены в открытом судебном заседании только с их согласия. В

противном случае указанные материалы оглашаются и исследуются в закрытом судебном заседании. Данные требования применяются и при исследовании материалов фотографирования, аудио- и (или) видеозаписей, киносъемки, носящих личный характер. Представляется, что применение данной нормы вызовет немало сложностей, поскольку понятие «личный характер» по своему содержанию достаточно неопределенное. Кроме того, почему указанные ограничения не распространяются на вещественные доказательства, полученные в результате обыска, которые также могут содержать информацию «личного характера»?

В рамках рассматриваемого вопроса отдельно следует выделить достаточно обширное «информационное» законодательство России. Базовым актом является Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹. Следует отметить также Закон РФ от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации»², Федеральный закон от 13 января 1995 года № 7-ФЗ «О порядке освещения деятельности органов государственной власти в государственных средствах массовой информации»³ и др. Кроме того «информационные» нормы содержатся в актах, непосредственно не регулирующих информационные вопросы, например в Законе РФ от 21 июля 1993 года № 5485-1 «О государственной тайне»⁴.

Данные акты регламентируют вопросы информационной открытости в целом и имеют непосредственное отношение к открытости правосудия. Например, при проведении закрытого судебного заседания вопрос об отнесении сведений к государственной, коммерческой тайне или конфиденциальной информации решается в соответствии с указанными нормативными актами. Опубликование судебных актов регулируется наряду с процессуальным законодательством Законом РФ «О средствах массовой информации» и другими актами в данной области.

Таким образом, проведенный анализ федерального законодательства позволяет сделать вывод, что принцип гласности судопроизводства закреплен во всех основополагающих актах, посвященных основам судостроительства и судопроизводства, однако в самом общем виде, практически дословно воспроизводя соответствующую конституционную норму, но с учетом особенностей гражданского, уголовного, арбитражного процесса. В то же время на практике данный принцип реализуется небезупречно. Рассмотренные выше правовые положения не регулируют многие возникающие в данной сфере правовые вопросы. Необходим был специальный федеральный закон о доступности судебной информации и

¹ Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

² Российская газета. 1992. № 32. 8 февраля.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. № 3. Ст. 170.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1997. № 41.

функционировании соответствующих информационных систем. И такой закон был принят в конце 2008 года, но лишь недавно вступил в силу – с 1 июля 2010 года. Речь идет о Федеральном законе от 22 декабря 2008 года № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»¹ (далее - Закон № 262-ФЗ).

Незадолго до принятия указанного Закона Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации В.Лукин выступил с заявлением «О праве граждан на гласность осуществления судебной власти». В нем он подчеркивает, что «проблема обеспечения гласности и открытости судопроизводства в условиях утраты доверия населения к справедливости правосудия является одной из наиболее актуальных в демократическом правовом государстве»². Он указывает, что важные шаги для ее решения намечены в Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России на 2007—2012 годы», утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 21 сентября 2006 года №583³. Федеральная программа также исходит из того, что повышение качества правосудия и уровня судебной защиты прав и законных интересов граждан, наряду с гарантиями независимости судей, созданием надлежащих условий для судебной деятельности и повышением роли исполнения судебных актов, невозможно без обеспечения гласности и открытости судопроизводства.

Уполномоченный по правам человека в РФ в своем заявлении подверг критике то обстоятельство, что законопроект «Об обеспечении прав граждан и организаций на информацию о судебной деятельности судов общей юрисдикции в Российской Федерации», разработанный Верховным Судом РФ, находится в нижней палате парламента уже более двух с половиной лет.

И вот, наконец, Закон, призванный обеспечивать гарантии гласности и открытости судебной деятельности, принят. И хотя, как было указано выше, он вступил в силу лишь через полтора года после принятия, что характерно для актов, требующих решительной перестройки в работе, серьезного изменения законодательства, введения большого числа подзаконных актов, говорить о радикальных преобразованиях не приходится. Действующие законы, в том числе процессуальные кодексы и Закон РФ «О средствах массовой информации», не предполагается приводить в соответствие с новым законом: именно они будут полностью сохранять свое действие в случае коллизии их норм с принятым актом. Закон № 262-ФЗ не предполагает решительного пересмотра регламентов и

¹ Собрание законодательства РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217.

² О праве граждан на гласность осуществления судебной власти: Заявление Уполномоченного по правам человека в РФ от 19 ноября 2008 г. // СПС «Консультант Плюс».

³ Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 41. Ст. 4248.

иных внутренних актов судов, он неоднократно говорит о необходимости их соблюдения в ходе применения новых норм.

Рассмотрим подробнее его важнейшие положения.

Статья 4 устанавливает пять основных принципов обеспечения доступа к информации о деятельности судов, но ни один из них не является новым для российского права. Вот их перечень:

- открытость и доступность информации о деятельности судов, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации;
- достоверность информации о деятельности судов и своевременность ее предоставления;
- свобода поиска, получения, передачи и распространения информации о деятельности судов любым законным способом;
- соблюдение прав граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту их чести и деловой репутации, права организаций на защиту их деловой репутации; соблюдение прав и законных интересов участников судебного процесса при предоставлении информации о деятельности судов;
- невмешательство в осуществление правосудия при предоставлении информации о деятельности судов.

Итак, в соответствии с законом, пользователь информацией, предъявив удостоверение личности либо удостоверение личности и доверенность представителя организаций, перечисленных в ч. 1 ст. 12 Закона (обобщенный субъект), вправе, не объясняя причин или отношения к противоборствующим сторонам процесса, присутствовать в любом открытом судебном заседании. И хотя вышеупомянутая ст. 29 Конституции РФ является нормой прямого действия, до вступления в силу Закона № 262-ФЗ пройти в здание суда без повестки либо без определения о вызове в суд расценивалось как нарушение внутреннего порядка в судебном учреждении. Даже представителям СМИ попасть в суд не всегда удается, в связи с чем их активность в последнее время, если сравнивать с девяностыми годами, резко снизилась. Открытые (по закону) судебные разбирательства, в том числе выездные заседания, ушли в прошлое.

Независимый контроль за обеспечением доступа к информации о деятельности судов не предусмотрен: его, соответственно, будут осуществлять председатели судов и руководители органов Судебного департамента при Верховном суде РФ, причем порядок контроля устанавливают сами органы в своих регламентах и иных внутренних актах (ст. 25).

Помимо таких ранее известных способов доступа к информации о деятельности судов, как присутствие граждан в открытом судебном заседании, обнародование информации о деятельности судов в СМИ, а также размещение сведений о деятельности судов в судебных помещениях,

Закон № 262-ФЗ предусматривает новые возможности. К ним относятся: размещение сведений в сети Интернет, ознакомление граждан и организаций с информацией, находящейся в архивных фондах, а также процедура ответов на запросы информации о деятельности судов. Судами, Судебным департаментом и его региональными органами должны быть созданы официальные сайты для размещения информации об их деятельности, а также электронная почта, по которой им может быть направлен запрос. Причем в случае, если суд общей юрисдикции низшей инстанции «не имеет возможности» (по всей видимости, речь идет о технической или финансовой) создать свой сайт, информация о его деятельности размещается на официальном сайте Судебного департамента субъекта РФ (ч.1 ст. 10). Само по себе создание сайтов судами не ново. Еще 24 ноября 2004 года постановлением Президиума Верховного Суда РФ было утверждено Положение по созданию и сопровождению официальных Интернет-сайтов судов общей юрисдикции РФ. На официальных сайтах будут публиковаться не только общие сведения о порядке функционирования судебного учреждения, но и важная информация, связанная с рассмотрением дел в суде. Здесь можно будет найти, в частности, сведения о всех находящихся в суде делах: их регистрационные номера, наименования или предмет спора, информацию о прохождении в суде, а также сведения о вынесении судебных актов по результатам рассмотрения дел – назначено к слушанию (с указанием даты, времени и места проведения судебного заседания), рассмотрено, отложено, приостановлено, прекращено, заключено мировое соглашение, заявление оставлено без рассмотрения и т.п. Что не менее важно, именно на Интернет-сайтах отныне будут размещаться полные тексты судебных актов (постановлений, приговоров), а также сведения об их обжаловании и о его результатах. В ст. 15 Закона специально указано, что тексты приговоров размещаются после их вступления в силу, а тексты иных судебных актов – после их принятия. Правда, в этой норме не уточняется, в какой срок после принятия (вступления в силу) они размещаются: через день, месяц или год. Кроме того, на нее даже не распространяется требование ч. 7 ст. 14 о том, что размещение в сети Интернет информации должно осуществляться в сроки, «обеспечивающие своевременность реализации и защиты пользователями информацией своих прав и законных интересов».

В ст. 15 Закона № 262-ФЗ указано, что при размещении в сети Интернет текстов судебных актов, включающих сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну (например, коммерческую), эти части также исключаются из текстов. Та же ст. 15 устанавливает, что размещению в сети Интернет не подлежат тексты судебных актов, вынесенных по делам:

- 1) затрагивающим безопасность государства;

2) возникающим из семейно-правовых отношений, в том числе по делам об усыновлении (удочерении) ребенка, другим делам, затрагивающим права и законные интересы несовершеннолетних;

3) о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности;

4) об ограничении дееспособности гражданина или о признании его недееспособным;

5) о принудительной госпитализации гражданина в психиатрический стационар и принудительном психиатрическом освидетельствовании;

6) о внесении исправлений или изменений в запись актов гражданского состояния;

7) об установлении фактов, имеющих юридическое значение, рассматриваемых судами общей юрисдикции;

8) разрешаемым в порядке ст. 126 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.

В совокупности с запретом публикации сведений, составляющих коммерческую тайну, которая при желании одной из сторон может составлять почти все содержание арбитражных процессов, эти исключения сводят возможности удовлетворения интереса публики в отношении работы судов к минимуму. Не совсем ясна позиция законодателя относительно того, почему необходимо скрывать, например, судебные постановления по семейным делам, слушавшимся в открытом процессе, учитывая тот факт, что все фамилии участников заменены, и сохраняется возможность наказания за разглашение тайны личной жизни.

Одним из способов получения информации о деятельности судов в РФ является направление запроса, в том числе и по электронной почте (ст. 18). Анонимные запросы не рассматриваются; более того, отправитель обязан указать не только имя и фамилию, но и отчество, что в случае с просителями-иностранцами затруднительно. Запрос подлежит рассмотрению в тридцатидневный срок после его регистрации, в необходимых случаях этот срок может быть увеличен, но не более чем на пятнадцать дней. Интересно, что и мотивированный отказ в предоставлении информации направляется в тридцатидневный срок, что странно, ведь составление законного отказа не представляет столь сложный предмет, как полноценный ответ. Впрочем, и сам ответ на запрос информации предполагается неоправданно долгим. Кроме того, необходимо отметить, что суды, Судебный департамент, органы Судебного департамента, органы судейского сообщества имеют право не предоставлять информацию о деятельности судов по запросу, если эта информация опубликована в средствах массовой информации или размещена на соответствующих официальных сайтах (п.2 ст. 20). При этом Закон не обязывает суды оказывать помощь в поисках необходимых сведений в СМИ или в сети Интернет, они лишь могут ограничиться

указанием названия, даты выхода и номера средства массовой информации, в котором опубликована запрашиваемая информация, и (или) электронного адреса официального сайта, на котором она была размещена. Немаловажно, что вся информация о деятельности судов (Судебного департамента, органов Судебного департамента, органов судейского сообщества) предоставляется бесплатно.

В Законе № 262-ФЗ специально оговаривается, что его действие распространяется на отношения, связанные с предоставлением информации о деятельности судов редакциям средств массовой информации, в части, не урегулированной законодательством Российской Федерации о средствах массовой информации. В Законе РФ от 21 декабря 1997 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» установлен иной порядок предоставления государственными органами информации о своей деятельности по запросам редакций. По общему правилу запрашиваемые сведения должны быть предоставлены в семидневный срок со дня получения запроса, а уведомление об отказе – в трехдневный срок.

В Законе № 262-ФЗ вопросам взаимодействия судов с редакциями средств массовой информации посвящена отдельная глава. Вместе с тем необходимо обратить внимание на то, что в Законе речь идет о «представителях редакций средств массовой информации». Это означает, что двери в суд будут открыты не для всех журналистов, а лишь для лиц, специально уполномоченных редакцией представлять ее в этом учреждении.

Таким образом, Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации», хотя и не лишен недостатков, но в тоже время является очередным шагом реального обеспечения конституционных прав и свобод граждан в сфере отправления правосудия. Вместе с тем учеными отмечается «половинчатость» нововведений, поскольку исключения из процедуры обеспечения гласности неоправданно многочисленны, а использование понятия «представители редакций средств массовой информации» способно осложнить работу всех журналистов и редакций¹.

¹ См., например: Рихтер А. Нормы информационного права и гласность судопроизводства. <http://www.svobodainfo.org/ru/node/321#fn15179931654d38519d6726e>

ПРАВО НА ГРАЖДАНСТВО В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПОНЯТИЕ И ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ

Бабурина Вера Леонидовна,
студентка 4 курса юридического факультета
Воронежского государственного университета

Научный руководитель:
Бутусова Наталья Владимировна,
д.ю.н., профессор кафедры конституционного права
России и зарубежных стран
Воронежского государственного университета

Одним из важнейших конституционных прав граждан выступает регламентированное ст.6 Конституции Российской Федерации право человека на гражданство. Это обусловлено тем, что гражданство – первичный элемент конституционно-правового статуса личности, определяющий характер её взаимоотношений с государством.

Право на гражданство закрепляется в различных международно-правовых актах (ст.15 Всеобщей декларации прав человека¹, ст.24 Международного пакта о гражданских и политических правах²) и относится к общепризнанным нормам международного права, признание и исполнение которых обязательно для России в соответствии со ст. 15 Конституции Российской Федерации. К сожалению, Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 г., который конкретизирует положения Конституции по вопросам гражданства, право на гражданство не закрепляет³.

В настоящее время существуют две противоположные научные позиции относительно понимания гражданства в указанном качестве. Это расхождение обусловлено как различным пониманием содержания гражданства, так и различным пониманием природы субъективного права.

Сторонники первой позиции (О.О.Миронов⁴) рассматривают гражданство как субъективное право и понимают под содержанием правовой связи, именуемой гражданством, совокупность соответствующих прав, свобод и обязанностей. Как субъективное право гражданство в этом случае можно представить в виде совокупности правомочий: правомочие гражданина проживать на территории государства, обладать всем

¹ Всеобщая декларация прав человека // Международная защита прав и свобод человека: сб. документов. М.: Юридическая литература, 1990. С. 14-20.

² Международный пакт о гражданских и политических правах // Международная защита прав и свобод человека: сб. документов. М.: Юридическая литература, 1990. С. 53-57.

³ О гражданстве Российской Федерации: Федер. Закон от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ // СЗ РФ. 2002. №22. Ст. 2031.

⁴ Миронов О.О. Субъекты советского государственного права. Саратов, 1975. С.69.

комплексом прав, свобод, обязанностей, предусмотренных Конституцией; пользоваться защитой прав и законных интересов со стороны государства как на его территории, так и вне её, свободно покидать и возвращаться на территорию своего государства и др.

Другие авторы, раскрывая юридическую природу права на гражданство, выделяют в его содержании следующие компоненты: право человека иметь гражданство; право человека изменить гражданство; право человека, имеющего статус гражданина, в полном объеме реализовать конституционные права и свободы; право гражданина на защиту со стороны своего государства; на покровительство со стороны материнского государства, когда он находится за пределами своей страны; право человека, имеющего статус гражданина, на гарантированное обладание гражданством, что обеспечивается недопустимостью лишения гражданства.¹

В.В. Полянский отстаивает противоположную позицию в понимании права на гражданство Российской Федерации. Он считает, что с точки зрения юридического значения гражданство нельзя рассматривать в качестве субъективного права². Гражданство само по себе не регулирует вид и меру возможного поведения лица, обладающего гражданством. В то же время лицо может иметь конкретные субъективные права, реализующиеся в правоотношениях по поводу гражданства.

На наш взгляд, *право на гражданство представляет собой совокупность правомочий, которыми обладает лицо, находящееся в правоотношении (правовой связи) гражданства, а также вступающие в правоотношения по поводу гражданства конкретного государства.*

Одной из главных составляющих права на гражданства является *возможность иметь гражданство*. Последнее неразрывно связано с *вопросом приобретения гражданства*.

Право на гражданство не подразумевает безусловного принятия любого человека в гражданство любого государства. В национальном законодательстве каждого государства закреплены определённые ограничения данного права. Они выражаются в правовой регламентации оснований и корреспондирующих им особенностей (в частности, наличие определённых категорий лиц, условий) приобретения гражданства.

Одним из оснований приобретения гражданства Российской Федерации является приём в гражданство Российской Федерации в упрощённом порядке (ст.14 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 г.³). Данный порядок представляет собой процедуру рассмотрения вопросов гражданства и принятия решений

¹ См.: Югов А.А. Гражданство в Российской Федерации: размышления об уникальном правовом феномене // Адвокатская практика. 2009. №1. С. 15.

² Полянский В.В. Советское гражданство. Куйбышев, 1985. С. 10-12.

³ О гражданстве Российской Федерации: Федер. Закон от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ // СЗ РФ. 2002. №22. Ст. 2031.

по этим вопросам в отношении лиц, на которые распространяются льготные условия, установленные названным законом. Приём в российское гражданство в упрощённом порядке основывается на принципах «почвы» (по месту рождения) и «крови» (по национальной принадлежности родителей) и отвечает интересам лиц, желающих сохранить связь с Россией как своей исторической родиной.

На мой взгляд, именно *вопрос приобретения российского гражданства в упрощённом порядке законодательно урегулирован далеко не оптимально.*

В частности, в п. «а» ч.6 ст.14 Закона о гражданстве Российской Федерации 2002 года говорится: в гражданство РФ принимается в упрощённом порядке без соблюдения условий, предусмотренных ч.1 ст.13 настоящего Федерального закона, ребёнок, один из родителей которого имеет гражданство РФ. Но ведь возможна и обратная ситуация, когда дети обладают гражданством РФ, а их родители претендуют на его получение. Тем самым законодатель ставит в неравное положение отцов и детей.

Кроме того, при разработке Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» 2002 года не были учтены правовые позиции Конституционного Суда по наиболее известным делам, в частности, по делу А.Б.Смирнова¹.

Закон о гражданстве 1991² года предусматривал приобретение гражданства Российской Федерации в порядке его регистрации. Особенность регистрации состояла в том, что этот порядок не требовал решения о приёме в гражданство, оформляемого указом Президента Российской Федерации. Регистрация осуществлялась на основании ходатайства о приёме в гражданство, представленного в местные органы внутренних дел, которые принимали решения по существу (ставили штампы, выдавали вкладыши в прежний советский паспорт, справки о гражданстве). Этот порядок являлся довольно сложным, запутанным и не справедливым, так как в соответствии с ним получалось, что граждане России, утратившие гражданство в ходе распада СССР, а не по собственному желанию, родившиеся в России и русские по национальности, должны были доказывать свою принадлежность к стране и приобретать её гражданство в порядке регистрации. Одним из таких граждан был А.Б.Смирнов, который и обратился в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на неконституционность соответствующего положения Закона Российской Федерации «О гражданстве Российской Федерации» 1991 года. Конституционный Суд Российской Федерации поддержал А.Б.Смирнова и в своём

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности пункта «г» статьи 18 Закона Российской Федерации «О гражданстве Российской Федерации» в связи с жалобой А.Б.Смирнова от 16 мая 1996 г. № 12-П // СЗ РФ. 1997. № 16.

² О гражданстве Российской Федерации: Закон РФ от 28 ноября 1991 года № 1948-1 // СЗ РФ. 1991. № 11. Ст. 226.

постановлении указал, что регистрация, как способ приобретения гражданства РФ не распространяется на лиц, которые родились на территории Российской Федерации, являлись гражданами бывшего СССР, не изъявили свободного желания прекратить гражданство РФ, выехали ранее на постоянное жительство за пределы РФ, но в пределах бывшего СССР, не являются гражданами других государств (входивших в состав бывшего СССР), впоследствии вернулись на постоянное жительство в Россию. Для этой категории лиц должен быть предусмотрен более простой – уведомительный порядок приобретения гражданства, сущность которого заключается в том, что граждане бывшего СССР, прибывшие на территорию Российской Федерации для постоянного проживания, должны уведомить государство, что они не изъявили желания прекратить принадлежность к российскому гражданству по рождению, а также что они не принадлежат к гражданству другого государства, входившего в состав бывшего СССР. Такая уведомительная регистрация имеет исключительно учётный характер.¹

Если проанализировать положения ч.4 ст.14 действующего Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 года и сравнить их с правовыми позициями Конституционного Суда по делу Смирнова, то мы увидим совпадение тех же самых обстоятельств, которые послужили основанием для выводов Конституционного Суда, а именно: наличие гражданства бывшего СССР, проживание на территории других республик, входивших в состав бывшего СССР, отсутствие гражданства этих республик (у лиц без гражданства), возвращение на постоянное жительство в Российскую Федерацию. Таким образом, правовые позиции Конституционного Суда по делу Смирнова должны были бы быть положены в основу действующего в настоящее время Закона о гражданстве. Но этого сделано не было: упрощённый порядок приобретения гражданства, предусмотренный ст. 14 действующего Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации», предусматривает процедуру приобретения гражданства, не имеющую ничего общего с той, которая была сформулирована в правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации по делу Смирнова.

Таким образом, положения ч.4 ст.14 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» от 2002 г. не в полной мере соответствуют положениям Конституции Российской Федерации, согласно которым гражданин Российской Федерации не может быть лишён своего гражданства (часть 3 ст.6 Конституции Российской Федерации), а государство гарантирует равенство прав и свобод человека независимо от каких-либо обстоятельств (части 1, 2 ст.19 Конституции Российской

¹См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности пункта «г» статьи 18 Закона Российской Федерации «О гражданстве Российской Федерации» в связи с жалобой А.Б.Смирнова от 16 мая 1996 г. № 12-П // СЗ РФ.1997. № 16.

Федерации). В соответствии с ч.2 ст.55 Конституции Российской Федерации в России не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека. Но в сложившихся условиях есть все основания для вывода о фактическом нарушении права граждан на гражданство. Единственный путь решения данной проблемы – это внесение изменений в действующий Федеральный закон «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 года: приведение упомянутого Закона в соответствие с правовыми позициями Конституционного Суда Российской Федерации по делу Смирнова.

В связи со сложившейся правовой ситуацией возникают трудности в практическом применении действующего закона о гражданстве. В результате личного общения автора данной статьи с гражданами, которые приобретают гражданство Российской Федерации *в упрощённом порядке*, пришлось убедиться, что этот порядок не так уж прост. В частности, нередко возникают проблемы, связанные с существенным превышением сроков оформления и предоставления документов, необходимых гражданам для приобретения гражданства, а также в связи с требованием документов, не предусмотренных Положением о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации¹ и др.

Все эти проблемы, связанные с реализацией права на гражданство Российской Федерации, объясняются *недостаточной гарантированностью указанного права*. Гарантии прав граждан - это условия, средства, способы их обеспечения. В юридической литературе традиционно выделяют общие (экономические, политические, идеологические и др.) и специальные (юридические) гарантии. Рассмотрим механизм реализации некоторых из них применительно к праву на гражданство Российской Федерации.

Экономические гарантии. В соответствии с действующим российским законодательством одним из условий приёма в гражданство Российской Федерации является наличие у претендента на российское гражданство законного источника средств к существованию. Понятие законного источника средств к существованию на уровне закона не раскрыто, что следует отнести к его недостаткам. Однако в п.10 Положения о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации² указано, что вместе с заявлением о приёме в гражданство лицо должно представить также один из документов, подтверждающих наличие законного источника средств к существованию (например, справка о доходах физического лица, трудовая книжка, пенсионное удостоверение, справка органа социальной защиты о получении пособия, подтверждение получения алиментов). Включение требования о законном

¹ Положение о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации : Указ Президента РФ от 14 ноября 2002 г. № 1325 // СЗ РФ.2002. №36. Ст. 3656.

²См.: Там же.

источнике средств к существованию в перечень условий приёма в гражданство РФ следует оценивать положительно, т.к. в настоящее время достаточно большое число иностранных граждан и лиц без гражданства, проживающих на территории России, не имеют легального источника доходов.¹ А значит, наличие такого требования в законодательстве способствуют расширению гарантий прав граждан, и направлено на устранение возможного злоупотребления в реализации своих полномочий со стороны органов власти и должностных лиц.

Идеологические гарантии определяются культурой общества, морально-психологическим климатом, образованностью членов общества. Высокий уровень культуры граждан, в том числе правовой – это условие действительности всех прав и обязанностей. Сейчас наметилась позитивная тенденция к правовому просвещению населения², однако по многим правовым вопросам, в частности, и по вопросам гражданства, граждане еще информированы недостаточно. Применительно к вопросам, связанным с российским гражданством, очень важно знать, что представляет собой право на гражданство, закреплённое ст.6, 62 Конституции Российской Федерации, на каких принципах оно основано, как реализуется в соответствии с законодательством, куда нужно обратиться за защитой в случае его нарушения.

Также своеобразным проявлением наличия идеологических гарантий в российском законодательстве о гражданстве выступает положение п. «д» ч.1 ст.13 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» о том, что одним из условий приёма в российское гражданство является владение русским языком. Порядок определения уровня знания русского языка установлен Положением о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации.³ В п.10 данного Положения указано, что заявитель должен представить документ, подтверждающий его владение русским языком на уровне, достаточном для общения в устной или письменной форме в условиях языковой среды.

Перечень таких документов является исчерпывающим. Это способствует тому, что при приёме в гражданство Российской Федерации должностные лица соответствующих органов не могут потребовать представить документ, не указанный в положении.

Общие гарантии образуют основополагающие условия, которые предопределяют реальность прав и свобод человека, являются решающей предпосылкой формирования у индивида заинтересованности в их реализации. Однако сами по себе общие условия не всегда могут обеспечить полноценное использование прав и свобод, тем более

¹ См.: Местюков И.В. Приём в гражданство Российской Федерации // Библиотечка РГ. Вып 8.: Приём в гражданство Российской Федерации М., 2006. С. 15-24.

²См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. М.: Норма, 2008. С.448.

³См.: Положение о порядке рассмотрения вопросов гражданства Российской Федерации : Указ Президента РФ от 14 ноября 2002 г. № 1325 // СЗ РФ. 2002. №36. Ст. 3656.

защищать от посягательств и нарушений. Здесь необходимы юридические гарантии, т.е. единые по правовой форме средства, условия, способы, призванные непосредственно обеспечивать использование гражданином прав и свобод (прежде всего конституционных).

6 ноября 1997 г. Российской Федерацией была подписана Европейская конвенция о гражданстве¹, регулирующая практически все аспекты гражданства. При подписании данной Конвенции были планы о её ратификации, но после принятия Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 г., в результате возникшей необходимости приведения действующего в то время законодательства о гражданстве в соответствие с положениями Европейской конвенции о гражданстве, об этом забыли. В марте 2007 г. глава комитета по международным делам Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации Константин Косачёв на пресс-конференции сообщил: «Госдума может ратифицировать Европейскую конвенцию о гражданстве в июне 2007 г. Я надеюсь, что парламентское большинство поддержит этот документ». В заключении комитета по международным делам Государственной Думы было сказано: «Европейская конвенция о гражданстве на сегодняшний день является единственным международным многосторонним договором, широко регламентирующим вопросы гражданства, и должна быть ратифицирована Россией».² Но это не сделано до сих пор. На мой взгляд, этой ситуации может быть дано одно объяснение: нежелание устранять существующие расхождения между положениями данной Конвенции и Федеральным законом о гражданстве 2002 года.

Например, весьма существенно расхождение между Конвенцией и Федеральным законом «О гражданстве Российской Федерации» в вопросах гражданства при правопреемстве государств. Так, если бы Европейская конвенция о гражданстве была ратифицирована на территории России, то, в соответствии со ст.18 Конвенции, Российская Федерация должна была бы обеспечить равные условия получения российского гражданства всем бывшим гражданам СССР, если они являются лицами без гражданства, независимо от того, проживают они в государствах, входивших в состав СССР, либо в других государствах. Закон же о гражданстве распространяет упрощённый порядок приобретения только на бывших советских граждан, проживающих в государствах бывшего СССР.

Есть и другие расхождения между положениями российского Закона о гражданстве и Европейской конвенцией о гражданстве. Так, в соответствии с положениями пояснительного доклада к Европейской конвенции о гражданстве (в частности к ст.8) нельзя лишить права отказаться от гражданства лишь на том основании, что против лица в

¹ См.: <http://www1.umn.edu>.

² См.: www.er-duma.ru.

данной стране может быть возбуждено уголовное судебное разбирательство, так как оно не имеет никакого отношения к гражданству, и, как правило, может вестись и в том случае, если лицо откажется от своего гражданства. В п. «б» ст.20 Федерального Закона «О гражданстве Российской Федерации» предусмотрено прямо противоположное положение: «Выход из гражданства Российской Федерации не допускается, если гражданин Российской Федерации привлечён компетентными органами в качестве обвиняемого по уголовному делу».

Существенное различие положений сравниваемых актов заключается в том, что Европейская конвенция о гражданстве допускает множественное гражданство (наличие у одного и того же лица одновременно гражданства двух или более государств). В главе пятой Конвенции подробно регламентируются различные основания его приобретения, а также права и обязанности граждан, связанные с множественным гражданством. Тогда как российское законодательство признаёт только двойное гражданство, посвящая регулированию данного вопроса, в сущности, лишь ст.6 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации». Более того, в действующем законодательстве сама возможность приобретения двойного гражданства сведена к минимуму, так как на основании ч.1 ст.62 Конституции Российской Федерации это возможно только в соответствии с федеральным законом (который ещё не принят¹), или международным договором.

Есть и иные различия в правовых положениях сравниваемых актов, но, уже исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что положения Европейской конвенции о гражданстве имеют более либеральный характер по сравнению с действующим российским законодательством о гражданстве, предусматривают больше гарантий права граждан на гражданство. И хотя формально ратификация Европейской конвенции о гражданстве не обязательна для Российской Федерации, на мой взгляд, это следует сделать в интересах гуманного, справедливого решения вопросов гражданства, что в полной мере соответствовало бы конституционному принципу «человек, его права и свободы являются высшей ценностью» (ст.2 Конституции Российской Федерации)!

¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. В.Д.Карповича. М. : Юрайт, 2002. С. 411-412.

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЯЗЫК: ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ В РФ И ЗАРУБЕЖНЫХ ГОСУДАРСТВАХ

Бороздин Михаил Сергеевич,
студент 5 курса Орского филиала
Московской финансово-юридической академии,
стажёр руководителя аппарата
Комитета Государственной Думы ФС РФ
по делам СНГ и связям с соотечественниками

Научный руководитель:
Жуковина Виктория Сергеевна,
к.ю.н., доцент, декан юридического факультета Орского филиала
Московской финансово-юридической академии

Одним из важных фактором, влияющих на положение того или иного языка в государстве, является закрепление за ним определённого правового положения или правового статуса языка, как принято говорить в законодательстве и научной литературе. Под «правовым статусом языка» традиционно понимают «его правовое положение как юридического объекта, место в социальной системе, определённое законом и социальными функциями».

Наиболее привилегированным правовым положением языка является «государственный язык» (англ. state language). Исходя из анализа российского и зарубежного законодательства о языках, можно выделить несколько моделей законодательного закрепления языка в качестве государственного:

1) Модель не оформленного законодательно государственного языка.

Такая модель характерна для государств, где ни один из языков вообще законодательно не установлен или прямо не закреплён в качестве государственного. Как правило, это государства, где на проблемы национально-языкового характера государственная власть не обращает внимания, а также государства моноэтничные, монологичные или государства с полиэтничным составом населения, но с подавляющей долей носителей одного языка. В таких государствах нет необходимости законодательно закреплять какой-либо язык в качестве государственного. Например, государственный язык не установлен в Китае, Японии, Саудовской Аравии. Зато в Японии распространён субординативный билингвизм, то есть владение родным языком и иностранным, как правило, английским, что связано с техническим лидерством Японии в мире и необходимостью в связи с этим использования английского языка в деловых отношениях. Несмотря на то, что государственный язык

законодательно не закреплён, охрана национально-языковых прав, как правило, предусмотрена (например, ст. 11 Конституции Японии от 3 ноября 1946 г., ст. 4 Конституции Китайской Народной Республики от 4 декабря 1982 года).

В некоторых государствах на конституционном уровне государственный язык не закреплён прямо, но, анализируя нормы конституции и всё остальное законодательство государства, можно понять, что государственный язык всё-таки установлен, но, если так можно выразиться, «скрыто». Например, в Великобритании статус английского законодательно не определён, но в Законе о валлийском языке от 21 октября 1993 г. (Welsh Language Act) определяется, что валлийский и английский языки равны в Уэльсе. В Конституции Бразилии от 18 сентября 1946 года о государственном языке прямо не говорится, однако в статье 132 закреплено, что в списки избирателей не могут быть внесены неграмотные, не умеющие изъясняться на государственном языке Бразилии (испанском) и те, кто временно или постоянно лишён политических прав. Подобная ситуация наблюдается в Италии, Дании, Чехии и некоторых других государствах.

Не установлен государственный язык на федеральном уровне в Соединённых Штатах Америки, зато на региональном уровне в некоторых штатах (Иллинойс, Гавайи, Небраска, Калифорния, Пуэрто-Рико) установлено, что английский язык является официальным.

2) Модель легитимного монолингвизма.

Это государства, где прямо в конституции или в специальном законе о языке закреплён один государственный язык. Например, в ст. 27 Конституции Польши от 2 апреля 1997 года закреплено, что государственным языком Польши является польский язык. В ст. 3 Конституции Болгарии от 13 июля 1991 г. закреплено, что официальный язык в республике Болгария – болгарский язык, в ст. 8 Конституции Австрии от 1 июля 1983 г. установлено, что немецкий язык является официальным языком Австрии, но это не должно ущемлять права национальных меньшинств.

Есть и такие государства, где единственным государственным (официальным) языком является более развитый и распространённый язык государства – бывшего колониального захватчика, метрополии. Например, в ст. 1 Конституции Демократической Республики Конго от 20 января 2002 года говорится, что официальным языком республики является французский язык, а в ст. 10 Конституции Колумбии от 4 июля 1991 года в качестве государственного языка устанавливается испанский. Схожая ситуация в Гватемале, где в качестве государственного языка был установлен более развитый и распространённый испанский язык (ст. 143 Конституции Гватемалы от 17 ноября 1985 года).

Некоторые же государства ведут более агрессивную, зачастую этнократическую, языковую политику, направленную на развитие и функционирование языка титульной нации данного государства. Например, в Конституции Эстонии от 28 июня 1992 года (ст. 6) закреплено, что государственным языком Эстонии является эстонский, а 21 февраля 1995 года был принят Закон Эстонии «О языке», в котором сказано (ст. 2), что любой другой язык, кроме эстонского языка и эстонского жестового языка, по смыслу настоящего Закона является иностранным, а меры поддержки иностранного языка не должны наносить вред эстонскому языку. В Эстонии действует Языковая инспекция при Министерстве образования Эстонии. Законодательно устанавливаются жёсткие языковые требования при решении вопроса о гражданстве, установлены языковые требования при поступлении на государственную службу и так далее.

Другой пример государства с агрессивной языковой политикой – Франция. В ст. 2 Конституции Французской Республики от 4 октября 1958 года установлено, что языком Франции является французский язык. Во Франции созданы специальные органы государственной власти, в компетенцию которых входит мониторинг и регулирование использования французского языка, действует жёсткий закон об использовании французского языка (Закон Тубона 1994 года), создана Международная организация Франкофонии.

3) Модель легитимного многоязычия.

В многонациональных государствах, как правило, государственным языком является не один язык, а несколько. Например, в Конституции Республики Кипр от 16 августа 1960 года в ст. 3 установлено, что официальными языками Кипра являются греческий и турецкий языки. В ст. 4 Конституции Бельгии от 17 февраля 1994 г. закреплено, что Бельгия состоит из четырех лингвистических регионов: регион французского языка, регион нидерландского языка, двуязычный регион Брюссель – столица и регион немецкого языка. Но употребление принятых языков носит необязательный характер.

В Конституции Ирландии от 29 декабря 1937 года, статья 8, написано, что ирландский язык является государственным и первым официальным языком, а английский язык признан вторым официальным. Статья 17 Конституции Республики Беларусь от 15 марта 1994 года закрепляет государственными языками Беларуси являются русский и белорусский языки. Ст. 6 Конституции Южной Африканской Республики от 8 мая 1996 года называет в качестве официальных 11 языков.

Интересным является опыт правового регулирования языковых отношений в Канаде. Они регулируются Законом об официальных языках (Official Languages Act) 1969 г., который был существенно дополнен и переработан в 1988 году. В нём закреплено равенство английского и

французского языков. А в 1982 г. в Конституционном акте английский и французский языки получили равнозначные официальные статусы.

Не менее интересен для нас опыт Индии. В Конституции Индии от 26 ноября 1949 года, в части XVII, а также в Законе об официальном языке 1963 года говорится, что официальным (основным) языком Союза является хинди в написании деванагари, дополнительным общефедеральным языком является английский (в основном используется в экономических отношениях). В Индии созданы специальная комиссия и комитет в Парламенте по вопросам официального языка, учреждён пост специального должностного лица по лингвистическим вопросам. Кроме того, каждый штат в Индии вправе принимать свои официальные языки. Языков с таким правовым положением на сегодняшний день насчитывается 18.

Итак, язык может быть законодательно не закреплён в качестве государственного, но *de facto* иметь соответствующее положение. Язык может быть закреплён в законодательстве прямо и «скрыто». Государственный язык может быть закреплён в Конституции и (или) в специальном законе о языке. Кроме того, в одном государстве может быть закреплено несколько языков в качестве государственных.

В некоторых зарубежных государствах, как правило, в государствах дальнего зарубежья понятия «государственный язык», «официальный язык» и «национальный язык» отождествляются. Например, Большой англо-юридический словарь А.Г. Пивовара расшифровывает «official language» как «официальный, государственный язык». В Конституции Республики Кипр от 16 августа 1960 года в ст. 3 установлено, что официальными языками Кипра являются греческий и турецкий языки, о чём мы говорили уже выше. Или в § 17 Конституции Финляндии от 11 июня 1999 года говорится, что национальными языками Финляндии являются шведский и финский языки.

Понятие «национальный язык» может пониматься как социально-историческая категория, которая обозначает язык, являющийся средством общения нации, сложившийся в процессе её развития и выступающий в нескольких формах: литературной (устной и письменной), народно-разговорных разновидностях языка и диалектах. Кроме того, «национальный язык» (англ. national language) может пониматься как государственный (официальный) язык. Здесь по смыслу понятие «национальные языки» приравнивается к «государственным», «официальным», наблюдается своеобразная связка «язык – государство», а не «язык-нация».

По данным вопросам ещё в 1953 г. экспертами ЮНЕСКО были предложены разграничения этих трёх понятий, согласно которым:

- национальный язык - это язык, выполняющий интеграционную функцию в рамках данного государства в политической, социальной и культурной жизнедеятельности общества;

- официальный язык - это всегда язык государственного управления, законодательства, судопроизводства;

- государственный язык - это язык, выполняющий интеграционную функцию в рамках данного государства в политической, социальной и культурной сферах, выступающий в качестве символа государства.

Причём эти рекомендации носят необязательный характер.

Что касается Российской Федерации, то в России понятия «официальный язык», «государственный язык» и «национальный язык» используются в разных значениях. «Национальный» язык понимается как социально-историческая категория. На федеральном уровне используется понятие «государственный язык», а на уровне субъектов – «государственный» и «официальный».

Государственный язык должен обладать следующими признаками:

- это один из языков, действующих на территории государственно-территориального, национально-территориального образования;

- язык имеет крепкие исторические корни, развит и богат;

- многофункционален, используется в подавляющем большинстве сфер жизни общества того или иного государства;

- используется в официальной сфере;

- устанавливается высшими органами государственной власти или референдумом граждан суверенного государства;

- при использовании языка в качестве государственного употребляется преимущественно языковой стандарт, например, в России это современный русский литературный язык;

- выполняет интеграционную функцию в государстве;

- государственный язык является символом государства.

Понятие «официальный язык» используется в России при официальном закреплении языков национальных меньшинств, языков коренных малочисленных народов. Не любой официальный язык может являться государственным, но любой государственный язык будет включать в себя понятие «официальный язык» (согласно российскому законодательству). Понятие «официальный язык» более узкое по сравнению с понятием «государственный язык». Это видно, например, из ст. 3 Закона РФ от 25 октября 1991 года № 1807-1 (в ред. от 11.12.2002 г.) «О языках народов Российской Федерации», п. 2 ч. 1 ст. 5 Федерального закона РФ от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ (в ред. от 05.04.2009 г.) «О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ», ст. 46 Конституции (Основного закона) Республики Саха (Якутия) от 04.04.1992 № 908-ХП.

По своей сути «официальный язык» тождественен понятию «рабочий язык» (англ. working language), то есть язык, который используется в органе международной конференции, организации, органе государственной власти, местного самоуправления, общественных организаций того или иного государства либо при разработке текстов документов в них, например, в Организации Объединённых Наций таковыми являются: английский, русский, испанский, китайский, арабский, французский языки (правило 51 Устава ООН от 26.06.1945 г.). В ст. 20 Хартии Шанхайской организации сотрудничества от 07.06.2002 г. написано, что официальными и рабочими языками данной организации являются русский и китайский языки. Ст. 54 Регламента Государственной Думы ФС РФ говорит, что работа Государственной Думы ФС РФ осуществляется на русском языке. В п. 8 ст. 18 Регламента Общественной палаты РФ сказано также, что работа Общественной палаты РФ ведётся на русском языке.

Исходя из таких теоретических позиций, учитывая теоретический и практический опыт зарубежных государств в правовом регулировании использования языков, мы планируем изучать российское законодательство о языках и далее.

ПЕРЕДАЧА ДЕПУТАТСКИХ МАНДАТОВ СПИСКАМ КАНДИДАТОВ, НЕ ДОПУЩЕННЫХ К РАСПРЕДЕЛЕНИЮ МАНДАТОВ – НОВЕЛЛА В РОССИЙСКОМ ИЗБИРАТЕЛЬНОМ ПРАВЕ

Вахрушев Станислав Александрович,
студент 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Роньжина Ольга Викторовна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,
административного и
муниципального права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Президент Российской Федерации Д.А. Медведев в 2008 году в своем Послании Федеральному Собранию РФ отметил проблему непредставленности в российском парламенте более 5 миллионов граждан, которые проголосовали на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ (далее – *Государственная Дума*) 2 декабря 2007 года за партии, которые не преодолели заградительный барьер.

Президент РФ предложил дать гарантии представительства партиям, которые получили от 5 до 7 процентов голосов избирателей. Таким партиям было предложено передавать один-два мандата. При этом Д.А. Медведев отметил, что он не считает необходимым снижать заградительный барьер, а также подчеркнул, что такая система [передачи и распределения мандатов – *прим.авт.*] позволит сохранить систему поощрения для крупных партий, а также дать трибуну малым партиям.¹

Понятие заградительного барьера в российском законодательстве не определено, однако часть 7 статьи 82 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации» от 18.05.2005 №51-ФЗ (далее – *Закон о выборах депутатов Государственной Думы*) определяет заградительный барьер через допуск к процедуре распределения депутатских мандатов. Исходя из этого, заградительный барьер можно определить так: необходимый для допуска списка кандидатов к процедуре распределения мандатов процент голосов избирателей, принявших участие в голосовании.

На данный момент заградительный барьер на выборах депутатов Государственной Думы составляет 7% (часть 7 статьи 82 Закона о выборах депутатов Государственной Думы). При этом стоит отметить, что указанный заградительный барьер будет применяться только в том случае, если такой заградительный барьер преодолеют два или более списка кандидатов и сумма голосов избирателей, отданных за эти списки, составит более 60 процентов голосов.

В литературе часто оперируют таким понятием, как уровень представительности парламента.² Данный уровень отображает процент голосов избирателей, который получили в совокупности партии, преодолевшие заградительный барьер.

Уровень представительности Государственной Думы по итогам выборов 2007 года был самым высоким и составил 91,75%. Уровень представительности по итогам выборов депутатов Государственной Думы 1995 г. – 50,50%, 1999 г.- 81,38%, 2003 г. – 70,66%. Этот факт и послужил, по нашему мнению, основанием для того, чтобы не корректировать 7%-барьер.

Напомним, что в выборах депутатов Государственной Думы 2007 года участвовало 11 политических партий. Четыре из них преодолели семипроцентный заградительный барьер и участвовали в процедуре распределения мандатов. Остальные семь политических партий не преодолели заградительный барьер и получили в совокупности менее 8% голосов избирателей.

¹ Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2008. № 4787. С. 2.

² Котегова М.А. Пропорциональная избирательная система: российский и зарубежный опыт: автореф. дис. ... канд.юрид.наук. М., 2007. С. 16-17.

В результате распределения мандатов партия «Единая Россия» получила 315 мандатов, «Коммунистическая партия Российской Федерации» - 57 мандатов, «Либерально-демократическая партия России» - 40 мандатов, партия «Справедливая Россия» - 38 мандатов.

Чтобы определить, насколько была искажена воля избирателей в связи с применением заградительного барьера, необходимо рассчитать количество мандатов, которые могли бы получить партии, не преодолевшие заградительный барьер, в случае отсутствия последнего. Так, «Единая Россия» получила бы 293 мандата, КПРФ – 53, ЛДПР – 37, «Справедливая Россия» - 35 мандатов.

Таким образом, на самых представительных в истории современной России выборах депутатов Государственной Думы 32 мандата перешли от так называемых малых партий к более крупным. И этот показатель – самый низкий за всю историю России из-за высокого уровня представительности.

Идея Президента РФ, направленная на «сглаживание» искажения воли избирателей, была воплощена в Федеральном законе «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с повышением уровня представительства избирателей в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации» от 12.05.2009 №94-ФЗ¹, которым были внесены изменения в пять федеральных законов.

Указанная инициатива была реализована путем включения в Закон о выборах депутатов Государственной Думы новой статьи 82.1. Приведем части 2 и 3 статьи 82.1 названного Федерального закона:

«2. Федеральному списку кандидатов, получившему менее 6, но не менее 5 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании, и не допущенному к распределению депутатских мандатов, передается один депутатский мандат.

3. Федеральному списку кандидатов, получившему менее 7, но не менее 6 процентов голосов избирателей, принявших участие в голосовании, и не допущенному к распределению депутатских мандатов, передаются два депутатских мандата.

По своей сути в избирательный процесс была введена дополнительная процедура передачи мандатов, которая является независимой по отношению к более сложной процедуре распределения депутатских мандатов. Во-первых, законодатель определил их очередность: сначала депутатские мандаты передаются спискам кандидатов, получившим не менее пяти, но менее семи процентов голосов избирателей, а только затем проводится распределение депутатских

¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с повышением уровня представительства избирателей в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации: ФЗ РФ от 12 мая 2009 г. №94-ФЗ // СЗ РФ. 2009. №20. Ст. .2391.

мандатов. Во-вторых, при определении избирательного частного из делимого числа (количество голосов избирателей) и из делителя (количество мандатов) вычитаются числа, которые применялись при процедуре передачи депутатских мандатов. В-третьих, названия статей 82.1 и 83 Закона о выборах депутатов Государственной Думы говорят о том, что процедура распределения мандатов отделена от процедуры передачи мандатов.

Цель введения указанного института в избирательный процесс – повышение уровня представительности Государственной Думы. На это указывал и Президент РФ, об это сообщает название Федерального закона №94-ФЗ.

Для того чтобы выяснить, насколько повысится уровень представительности Государственной Думы, необходимо смоделировать (исключительно в научных целях) результаты выборов депутатов Государственной Думы, при которых хотя бы одна партия получила бы от пяти до семи процентов голосов избирателей и участвовала бы в процедуре передачи мандатов.

На примере результатов выборов депутатов Государственной Думы 2007 года суммируем голоса избирателей, которые получили шесть из семи партий, не преодолевших семипроцентный заградительный барьер, при этом не изменяя количество голосов избирателей, которые получили другие партии. В результате сложения была получено число 5,62%, достаточное для определения результатов с применением процедуры передачи депутатских мандатов.

В результате применения процедуры передачи мандатов «цена» одного мандата может существенно отличаться. Под «ценой» мандата понимают то количество голосов избирателей, которое необходимо списку кандидатов, чтобы получить один мандат (определяется путем деления количества голосов избирателей, которое получил список кандидатов, на количество мандатов, которое получила партия в результате процедуры распределения либо процедуры передачи депутатских мандатов).

Так, «цена» мандата для партии ЛДПР составила бы 141.521 голосов, а «цена» мандата для партии, набравшей 5,62% голосов избирателей (по результатам моделирования, которое было описано выше), составила бы 3.862.562 голосов избирателей. Таким образом, при использовании процедуры передачи депутатских мандатов «цена» мандатов различается более чем в 27 раз, соответственно, более чем в 27 раз искажается воля избирателей.

Возможна и более существенная разница в «ценах» мандатов. Предположим, что на выборах депутатов Государственной Думы ФС РФ участвовало 10 политических партий. Партия №1 получила 53.000.000 голосов (53%), Партия №2 – 8.000.000 (8%), Партия №3 – 6.000.000 (6%),

Партии №4, №5, №6, №7, №8, №9 – по 5.000.000 (5%), Партия №10 – 3.000.000 голосов (3%).

Получается, что Партия №10 не преодолевает заградительный барьер. По процедуре передачи депутатских мандатов Партии №4-№9 получают по одному мандату, Партия №3 – два мандата.

В процедуре распределения оставшихся 442 мандатов участвуют Партия №1 и Партия №2. Избирательное частное – 138.009. В результате проведения процедуры распределения депутатских мандатов Партия №1 получает 384 мандата, Партия №2 – 58 мандатов.

При таких результатах выборов «цена» мандата может отличаться более чем в 36 раз (Партия №2 – 137.931 голос, Партии №4-№9 – 5.000.000 голосов)!

В 2009 году Президент РФ Д.А. Медведев в Послании Федеральному собранию РФ предложил ввести процедуру передачи депутатских мандатов на региональном уровне, а именно на выборах депутатов законодательных органов субъектов РФ.¹ Цель указанного нововведения была отмечена – предоставление гарантий партиям, за которых проголосовало менее 5% избирателей.

Идея была поддержана Федеральным Собранием РФ, и в апреле 2010 года был принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с повышением представительства избирателей в законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации и освобождением от сбора подписей избирателей политических партий, списки кандидатов которых получили депутатские мандаты в законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации» от 22.04.2010 №63-ФЗ², которым были внесены изменения в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»³.

Федеральный закон предусмотрел обязанность субъектов РФ привести избирательное законодательство субъектов РФ в соответствие с ч. 17 ст. 35 вышеназванного Федерального закона. Согласно последней в случае, если законом субъекта РФ предусмотрен заградительный барьер

¹ Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Российская газета. 2009. № 5038. С. 3.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с повышением представительства избирателей в законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации и освобождением от сбора подписей избирателей политических партий, списки кандидатов которых получили депутатские мандаты в законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации: ФЗ РФ от 22 апр.2010 г. №63-ФЗ // СЗ РФ. 2010. №17. Ст. 1986.

³ Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: ФЗ РФ от 12 июня 2002 г. №67-ФЗ (с послед.изм.) // СЗ РФ. 2002. №24. Ст. 2253.

более 5%, партии, получившей более 5% голосов избирателей, должен быть передан один депутатский мандат.

Указанная норма будет действовать в 73 субъектах РФ.¹ Именно в этих 73 субъектах РФ заградительный барьер составляет 6 или 7 процентов.

Применение процедуры передачи депутатских мандатов на выборах депутатов законодательных органов субъектов РФ может теоретически привести к более парадоксальной ситуации.

Согласно статье 4 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» от 06.10.1999 №184-ФЗ² минимальное число депутатов в законодательном органе составляет 15 депутатов. Эта же статья предусматривает, что более 50% депутатов должно избираться по пропорциональной системе. То есть, исходя из положений Федерального закона, допускается избрание восьми депутатов по пропорциональной системе.

Предположим, что в регионе N проводятся выборы депутатов законодательного органа, восемь мандатов распределяются по пропорциональной системе, применяется заградительный барьер 7%, а также процедура передачи депутатских мандатов. Партия №1 получила 363.000 голосов (36,3%), Партия №2 – 354.000 голосов (35,4%), Партия №3 – 132.000 (13,2%), Партия №4 – 71.000 (7,1%), Партия №5 – 55.000 (5,5%), Партия №6 – 25.000 (2,5%).

Таким образом, Партия №6 не получает ни одного мандата в органе законодательной власти субъекта РФ, Партия №5 получает один мандат по процедуре передачи мандатов.

Партии №1, №2, №3, №4 участвуют в процедуре распределения оставшихся семи мандатов. Избирательное частное 131.429 голосов. В результате распределения мандатов Партия №1 получает три депутатских мандата, Партия №2 – три мандата, Партия №3 – один мандат. Партия №4, получившая 7,1% голосов избирателей не получает ни одного мандата.

Следовательно, возможна поистине парадоксальная ситуация, когда партия, получившая на выборах более 7% голосов, не получит ни одного мандата, в то время как партия, получившая менее 6% голосов избирателей, получит один мандат по процедуре передачи депутатских мандатов.

Подведем итоги. Процедура передачи депутатских мандатов спискам кандидатов, не допущенных к распределению мандатов, является новой, не известной ранее российскому избирательному праву, независимой

¹ Деление с остатком // Российская газета. 2010. № 5120. С. 3.

² Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации: ФЗ РФ от 6 окт. 1999 г. №184-ФЗ // СЗ РФ. 1999. №42. Ст. 5005.

процедурой по отношению к процедуре распределения депутатских мандатов. Применение процедуры распределения депутатских мандатов на федеральном и региональном уровнях не может достичь цели повышения уровня представительности нижней палаты российского парламента и законодательных органов государственной власти субъектов РФ, т.к. воля избирателей существенно искажается. Основное достоинство пропорциональной избирательной системы о максимальной степени зависимости количества мандатов, передаваемых партиям, от количества голосов избирателей сводится на нет. Разница в количестве голосов избирателей, необходимых для получения одного мандата, может достигать 36 раз. Указанные выше примеры подчеркивают несовершенство современной российской избирательной системы, а сами новеллы федерального законодательства вызывают справедливые нарекания со стороны участников политического процесса в Российской Федерации и международного сообщества.

ОСОБЕННОСТИ И ЗНАЧЕНИЕ НОРМ КОНСТИТУЦИИ РФ КАК ПРАВОВОГО РЕГУЛЯТОРА ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Верещагина Ксения Олеговна,
студентка 2 курса Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной Прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Евдокимов Константин Николаевич,
к.ю.н., доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиала) Академии
Генеральной Прокуратуры РФ

Государство и право теснейшим образом взаимосвязаны. С одной стороны государство использует правовое регулирование во всех наиболее значимых сферах деятельности и жизни общества, а с другой стороны, правовые нормы устанавливаются и санкционируются государством в лице его государственных органов и должностных лиц. Но правовое государство и гражданское общество – это особый тип взаимоотношений в системе «право – государство – общество».

Концепция правового государства формировалась одновременно с концепцией гражданского общества, которое рассматривалось как необходимая предпосылка для возникновения государства, в котором господствует право.

Гражданское общество – свободное демократическое правовое общество, ориентированное на конкретного человека, создающее атмосферу уважения к правовым традициям и законам,

общегуманистическим идеалам, обеспечивающее свободу творческой и предпринимательской деятельности, создающее возможность достижения благополучия и реализации прав человека и гражданина, органично вырабатывающее механизмы ограничения и контроля за деятельностью государства.¹

Несмотря на большое количество существующих в юридической науке трактовок гражданского общества, большинство авторов выделяют рассматриваемую категорию в широком и узком смысле. В широком смысле гражданское общество включает все, что не входит в сферу государственных отношений, т.е. не регулируется непосредственно государственными структурами. При подобном подходе гражданское общество возможно в различных государствах, в том числе и в недемократических.

Гражданское общество в узком смысле выступает оборотной стороной правового государства, они не существуют друг без друга. Полного разделения между ними быть не может, и взаимодействие между ними постоянно меняется².

По существу же термин "гражданское общество" приобрел в научной литературе свое особое содержание и в современной трактовке выражает определенный тип (состояние, характер) общества, его социально-экономическую, политическую и правовую природу, степень зрелости, развитости. Иначе говоря, под этим понятием понимается общество, отвечающее ряду выработанных историческим опытом критериев. Это более высокая степень в развитии социальной общности.

За термином «гражданское общество», несмотря на его условность, стоит обширное и богатое содержание. Смысл данного феномена многогранен и неоднозначен, толкуется учеными по-разному. Однако ясно, что не всякое общество, состоящее из граждан, является гражданским, подобно тому как не любое государство, где действует право, можно назвать правовым. Например, советское общество никогда не было и не могло быть ни правовым, ни гражданским, равно как и российское еще не стало таковым. Но сегодняшняя Россия провозгласила эту цель.

Понятие гражданского общества, будучи давно известным, оказалось тем не менее для нашей науки относительно новым и неразработанным. Сама эта идея весьма слабо распространена в широких массах, в общественном сознании. Гораздо больше утвердилась идея правового государства.

По мнению автора, достаточно важным для развития гражданского общества является его выражение и закрепление в нормах Конституции как основного закона страны, которые закрепляют основополагающие

¹ Перевалов В.Д., Корельский В.М. Теория государства и права. М., 2008.

² Словарь по обществознанию / Петрунин Ю.Ю., Панов М.И., Л.Б. Логунова [и др.]. М. 2006. С. .261.

принципы существования общества и государства, их взаимодействия и ответственности. Следует констатировать, что понятие «гражданское общество» не нашло четкого отражения в новой российской Конституции, которая даже не содержит этого термина, хотя отдельные элементы гражданского общества в ней все же закреплены (частная собственность, рыночная экономика, права человека, политический плюрализм, свобода слова, многопартийность и др.).

Конституция РФ была принята 12 декабря 1993 г. всенародным голосованием и вступила в силу с момента опубликования результатов всенародного голосования - 25 декабря 1993 г. Считается, что с ее принятием завершился советский период развития нашей государственности. Закрепляя основы конституционного строя, Конституция РФ определяет Российскую Федерацию - Россию, как демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления, в котором:

1) человек, его права и свободы есть высшая ценность. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина представляет собой обязанность государства;

2) носителем суверенитета и единственным источником власти определяется многонациональный народ России;

3) социальная политика направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека;

4) признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности;

5) государственная власть осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную;

6) признается и гарантируется местное самоуправление;

7) признается идеологическое и политическое многообразие, многопартийность. Никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной;

8) общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации - составная часть ее правовой системы.¹

Конституционность в любой цивилизованной стране - верхний этаж законности. Без соблюдения Конституции нет и в принципе не может быть законности как таковой. Все это - аксиомы для любого политика или юриста, неизбежные постулаты, прямо вытекающие из понятия Конституция - основной закон государства.

По мнению автора, развитие гражданского общества в России напрямую зависит от повышения роли и значения Конституции РФ, ее правовых норм в регулировании общественных процессов, особенно в

¹ Конституция Российской Федерации: принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. // Рос. Газета. 1993. 25 декабря.

сфере государственного управления и развития демократических институтов.

Никто не отрицает, что нынешняя Конституция далека от совершенства. И ее объективные слабости и недоработки иногда провоцируют органы власти и должностных лиц на антиконституционные действия.

Например, из текста Конституции фактически выпала, например, глава об избирательной системе, без которой Основной Закон страны выглядит явно недоработанным. И возникающие на этой почве коллизии на деле ведут к прямым нарушениям прописанных в Конституции прав избирателей.

Амбициозность отдельных политиков в сочетании с недоработками самой Конституции образуют на практике пренебрежение к Основному Закону.

Что же нужно сделать, чтобы поднять Основной Закон, который является правовой основой для функционирования гражданского общества, на должную высоту, как это и надлежит в подлинно правовом государстве?

Во-первых, необходимо привести реальную обстановку в стране, существующие общественные отношения в соответствие с Конституцией, т.е. устранить фиктивность провозглашенных правовых норм. Главное, чтобы провозглашенная Основным Законом полнота прав и свобод человека и гражданина наполнилась бы адекватным содержанием.

Во-вторых, необходимо резко повысить качество правотворчества (законодательного, исполнительного, судебного) с точки зрения соблюдения конституционных норм и в первую очередь соблюдения прав и свобод человека и гражданина. Конечная цель такова: исключить противоречие нормативных актов праву и прежде всего естественно, конституционному. Законы не должны нуждаться ни в каких министерских инструкциях или иных подзаконных ведомственных либо локальных актах о порядке своего применения.

В-третьих, каждому факту нарушения Конституции должна даваться неотвратимая правовая оценка. Конституционный Суд не имеет права уклоняться от рассмотрения подобных дел, молчать по поводу противоречащих Основному Закону действий и актов. Конкретные же виды реальной ответственности за нарушения Конституции следует установить, невзирая на должности и заслуги отдельных граждан.

Выполнение вышеперечисленных требований должно сбалансировать политическую систему общества с ее системой права, что особенно актуально для современного российского государства и его системы законодательства.

Отдельно хотелось бы остановиться на духовно-нравственных аспектах взаимодействия норм Конституции РФ и гражданского общества.

Практически во всех цивилизованных странах конституции возведены в ранг государственных святынь. По-иному, очевидно, и быть может, если руководители государств, ведущие политики делают все, чтобы граждане искренне уважали конституцию своей страны. Но если и можно для России признать пригодной концепцию правового государства западного образца, то, разумеется, с целым рядом оговорок, учитывая отношение россиян к праву как к социальному инструменту, историческую приверженность к сильному государству, низкую «природную» правовую активность и инициативу. Необходимым фактором, определяющим во многом успех многих преобразований в государственной и политической жизни нашего общества, является уровень политической и правовой культуры в обществе. Необходимо избавляться от того правового нигилизма, который особенно отчетливо проявился в последнее время не только у граждан, но и у представителей государственного аппарата. Уважение и соблюдение Конституции всеми членами общества, всеми должностными лицами - неотъемлемая черта демократического государства. Общество, где население соблюдает Конституцию, а должностные лица – нет, и наоборот, не может считаться гражданским. Но какие меры нужно принять, чтобы поднять авторитет Конституции РФ?

Начать, несомненно, нужно со дня Конституции. День Конституции проходит незаметно как для населения, так и для органов государственной власти. Отмена его как праздника очень красноречиво говорит об отношении к Основному Закону со стороны государственных органов и институтов гражданского общества. Это, казалось бы, формальный момент (Федеральным законом от 29.12.2004 N 201-ФЗ с 1 января 2005 года исключен из числа нерабочих праздничных дней 12 декабря - День Конституции Российской Федерации), но он характеризует уровень правового сознания нашего общества в целом и лиц, осуществляющих руководство нашим государством, в частности. Не секрет, что для восприятия этого дня в массовом общественном сознании как национального государственного праздника имеет очень важное значение, является ли он не просто памятной датой России¹, а нерабочим праздничным днем. По мнению судьи Конституционного Суда РФ Н.С. Бондаря: «Этот день должен быть нерабочим не для того, чтобы использовать его, например, для поездки в Куршавель, а для того чтобы всей атмосферой ощутить себя гражданином, испытать гордость за возрождающуюся Россию. Между тем вспомним: 12 декабря о Дне Конституции в средствах массовой информации говорилось очень и очень немного. Основной Закон как зеркало отражает общество и государство, причем не только их внешний вид, но и душу: историю, психологию,

¹ О днях воинской славы и памятных датах России: Федеральный Закон РФ от 13 марта.1995г. N 32-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1995 № 11.Ст. 943.

идеологию, культуру. В данном случае очень верна поговорка про зеркало, на которое нечего пенять...»¹

Также стоит обратить внимание на работу СМИ. Они имеют непосредственное влияние на общественное мнение и, в конечном счете, на государственную власть. И, следовательно, для повышения авторитета Конституции стоит как можно шире освещать положения Конституции, отдельные решения Конституционного Суда, давать конституционно-правовую оценку государственным реформам в доступном для граждан режиме.

Необходимо обратить внимание на низкий уровень правовой культуры граждан, особенно молодежи. Нормы, закрепленные в Конституции, детально изучаются лишь на юридических факультетах ВУЗов. Большинство же граждан нашей страны не знает положений своего Основного закона. Поэтому нормы Конституции РФ необходимо обязательно изучать со школьной скамьи, установив соответствующую форму контроля полученных знаний (например, в США лицо, не сдавшее зачет на знание конституции и истории страны, не сможет получить гражданство).

Это, по мнению автора, будет способствовать повышению правовой культуры и искоренению правового нигилизма в сознании граждан. Если мы провозгласили, что Россия стремится к построению правового государства, то и нам следует действовать в том же ключе. Ведь без движения и доверия к Основному Закону, без неукоснительного соблюдения каждой буквы Конституции невозможно добиться успеха реформ, достичь подлинной общественной стабильности.

ПОНЯТИЕ И КАТЕГОРИИ МИГРАНТОВ

Газизуллина Л. З.,
преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин
Казанского юридического института (филиала)
Российской правовой академии Министерства юстиции РФ

Современная миграционная ситуация в Российской Федерации, являясь следствием сложной социально-экономической обстановки, свидетельствует о том, что для достижения социального процветания и экономического прогресса требуются твердая воля государства и внимание всего российского общества к достижению в стране прочного правопорядка и законности в области регулирования миграционных процессов.

¹ Интервью: Уважение к Конституции - обязательно! // ЭЖ-Юрист. 2007. № 50.

Иммиграция в Российскую Федерацию, в том числе из стран со сложной общественно-политической, экономической и санитарно-эпидемиологической обстановкой, носит масштабный характер. Количество въехавших в Россию иностранных граждан постоянно превышает количество выехавших граждан, причем в приграничных районах интенсивно формируются иностранные общины. Как внутренние, так и внешние миграционные потоки направлены преимущественно в южные и центральные регионы европейской части России, что приводит к стихийному и неконтролируемому росту населения и ухудшению криминогенной обстановки в данных регионах. Отсутствует эффективный государственный контроль над миграционными процессами.

Массовая миграция иностранных граждан и лиц без гражданства из государств Закавказья, Центральной и Восточной Азии и их незаконное пребывание в ряде районов Российской Федерации зачастую ухудшают социальную обстановку, создают базу для формирования террористических организаций и политического экстремизма, являются угрозой безопасности Российской Федерации.

Развиваются процессы внешней трудовой миграции в виде привлечения и использования в Российской Федерации труда иностранных граждан, выезда российских граждан за границу с целью работы по найму. При этом среди иностранных работников, используемых в России, и российских граждан, работающих за рубежом, велика доля лиц, нелегально осуществляющих трудовую деятельность, что приводит к нарушению их трудовых и социальных прав. В Российской Федерации это создает угрозу национальному рынку труда и благоприятствует развитию теневой экономики.

Эмиграция на постоянное место жительства в экономически развитые страны квалифицированных специалистов, молодежи с высоким уровнем образования ведет к ослаблению научного, творческого и экономического потенциала страны. Повышенного внимания требуют уязвимые группы трудящихся-эмигрантов, и прежде всего женщины. Особенно нетерпимыми являются правонарушения при трудоустройстве эмигрантов за рубежом, связанные со случаями незаконного выезда, дискриминации, торговли людьми.

Потребность экономики страны в дополнительных трудовых ресурсах вызовет, необходимость регулируемого притока иммигрантов, в первую очередь государств-участников Содружества Независимых Государств. В этой ситуации актуальной проблемой для российского общества является формирование установок толерантного сознания¹.

¹ О Концепции регулирования миграционных процессов в Российской Федерации: распоряжение Правительства РФ от 01 марта 2003г. №256-р // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. № 10. Ст. 923.

Основными субъектами миграционных правоотношений выступают ключевые участники миграционных процессов: лица, которые с целью временного или постоянного проживания (пребывания) пересекают территориальные границы - мигранты.

Миграция, как известно, неодинакова. В основном она воспринимается как стимулируемое или, наоборот, ограничиваемое, но в любом случае регулируемое государством явление, связанное с переселением лиц из зарубежных государств. Поэтому мигрантом, как правило, считается иностранный гражданин.

Но перемещение возможно и через административные границы муниципальных образований, а также субъектов Федерации, которое, правда, существенно отличается от перемещения через границы государств. Оно может носить массовый характер, например, когда организуются определенные (большие по численности) группы переселенцев, которым предоставляется помощь со стороны государства. Такое переселение может быть организовано самим государством, например для освоения малообжитых территорий (Крайнего Севера или Дальнего Востока России). В связи с этим возникает вопрос: являются ли такие переселенцы мигрантами?

В настоящее время в российском законодательстве отсутствует нормативное определение понятия «мигрант». В рамках Содружества Независимых Государств правовым актом, который регулирует вопросы, связанные с понятием «мигрант», является Решение «О Концепции сотрудничества государств-участников Содружества Независимых Государств в противодействии незаконной миграции» (Астана, 16 сентября 2004 г.)¹, участницей которого является и Российская Федерация, согласно которому мигрантом считается «гражданин государства-участника СНГ, третьего государства или лицо без гражданства, соблюдающие правила въезда, выезда, пребывания или транзитного проезда через территорию государства-участника СНГ». Однако это определение может применяться, как отмечено в самом Решении, только для целей указанного документа, т.е. для регулирования международной миграции населения в рамках Содружества Независимых Государств.

Согласно определению Экономического Суда СНГ понятие «мигрант» является родовым и включает все категории лиц которые, осуществляют пространственные перемещения, вне зависимости от причин перемещений, их длительности и пространственных границ². Вместе с тем необходимо учитывать, что конституционное право на свободу передвижения, более подробная регламентация которого

¹ О Концепции сотрудничества государств-участников Содружества Независимых Государств в противодействии незаконной миграции: решение Совета глав государств СНГ [Документ опубликован не был] // СПС «Консультант Плюс».

² См.: Решение Экономического Суда СНГ от 11 сентября 1996 г. № С-1/14-96 // СПС «Консультант Плюс».

установлена Законом РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации», не является исключительно правом мигрантов¹. Очевидно, что не каждое лицо, пользующееся правом на свободу передвижения, может быть признано мигрантом, исходя из целей государственно-правового регулирования миграционных отношений. Например, лицо, совершающее кратковременную туристическую поездку или оставляющее место временного пребывания, едва ли целесообразно признавать таковым.

Семантический анализ термина «миграция» показывает, что он образован от латинского «migratio», что дословно означает «переход», «переезд», «переселение». Таким образом, он обозначает пространственное перемещение людей. Именно так определяется и трактуется это понятие практически во всех современных словарях и иной литературе. Однако для научно-правового определения понятия мигранта этого недостаточно. Необходимы дополнительные критерии, позволяющие дифференцировать пространственные перемещения людей. В этом основной недостаток определения мигранта как физического лица, въезжающего на территорию государства или выезжающего за его пределы, а также перемещающегося внутри государства вне зависимости от причин².

Так, Л.Л. Рыбаковский подчеркивает необходимость понимания миграции как законченного вида территориального перемещения, завершающегося сменой постоянного места жительства³. В.М. Баранов выделяет в качестве важного элемента цель миграции — поиск лучших условий жизни и необходимость констатации системы правоотношений, контролируемых государством⁴. М.Л. Тюркин обращает внимание на определенную совокупность правовых отношений, складывающихся у мигрантов в процессе территориальных перемещений, обусловленных необходимостью их государственного регулирования, реализацией личных интересов и, как правило, влекущих за собой приобретение мигрантами в последующем нового правового статуса⁵.

¹ См.: Хабриева Т. Я., Андриченко Л. В., Елеонский В.О. Концепция развития миграционного законодательства // Концепции развития российского законодательства. М., 2004. С. 756.

² См.: Рекомендательный глоссарий терминов и понятий в сфере регулирования миграционных процессов в государствах-участниках СНГ, принятый на двадцать пятом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ: Постановление №29-5 от 31 октября 2007 г. // СПС «Консультант Плюс».

³ См.: Рыбаковский Л.Л. Миграция населения. Вып. 5. Стадии миграционного процесса. М., 2001. С. 19.

⁴ См.: Баранов В.М. Незаконная миграция в современной России: понятие, виды, эффективность противодействия // Миграция, права человека и экономическая безопасность современной России: состояние, проблемы, эффективность защиты: сборник статей / под ред. В.М. Баранова. Н.Новгород, 2004. С. 44-49.

⁵ См.: Тюркин М.Л. Сущность, структура и перспективы совершенствования миграционного процесса в Российской Федерации // Государство и право. 2004. № 9. С. 97-100.

Полагаем, что мигрантом может признаваться любое физическое лицо, независимо от его общего правового статуса — гражданин, иностранный гражданин, лицо без гражданства. Для того чтобы получить статус мигранта, как представляется, лицо должно, во-первых, покинуть прежнее место жительства или пребывания. Во-вторых, его переезд должен сопровождаться пересечением установленных государственных либо административных границ. Закон РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1¹ закрепляет необходимость регистрации граждан по месту жительства (месту пребывания), которая в то же время не является частью процедуры переселения (миграции), если гражданин не меняет место жительства или меняет его, не пересекая границы. Таким образом, и понятие миграции, и понятие мигранта существуют только в привязке к причинам пространственных перемещений, их длительности и предполагают пересечение лицом определенных пространственных границ. В-третьих, территориальное перемещение должно быть подчинено определенной цели, подтвержденной мотивацией приспособиться к новой среде либо приспособить эту среду для своего выживания и развития². В качестве такой цели могут выступать стремление обезопасить свою жизнь и жизнь членов семьи, создать им лучшие материальные условия, воссоединиться с родственниками и др. И, наконец, в-четвертых. Это лицо в результате передвижения должно получить специальный правовой статус, регулируемый законодательством и отличный от общего правового статуса (гражданина, иностранного гражданина, лица без гражданства). При этом лицо, естественно, не теряет и своего общего правового статуса, сохраняя за собой все вытекающие из содержания этого статуса права и обязанности. Совершая территориальное перемещение, мигрант становится субъектом права, участником правоотношений. Как человек он имеет общую правоспособность и дееспособность (например, пользуется конституционным правом на неприкосновенность личности, покупает необходимые ему товары), но, будучи мигрантом, обладает специальной правоспособностью, становится субъектом миграционных отношений. Специальный правовой статус мигранта будет зависеть от различия категорий мигрантов (беженец, вынужденный переселенец, переселенец, иностранный работник и т.д.) и заключаться в дополнительных правах и обязанностях.

Понятие «мигрант» носит обобщенный, собирательный характер (беженцы, вынужденные переселенцы, переселенцы, трудящиеся-мигранты и т.п.). В нем в самом общем виде отражены все основные признаки, присущие всем категориям мигрантов. Более того, когда мы

¹О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации: Закон РФ от 25 июня 1993г. №5242-1[ред. от 27.07.2010г.] // Российская газета.1993. №152.10 августа.

² См.: Собольников В.В. Понятие, сущность и субъекты миграционной преступности // Современное право. 2005. № 8.

говорим о специальном правовом статусе мигрантов, мы имеем в виду лишь то, что этот статус принадлежит конкретной категории мигрантов, поскольку специального правового статуса мигранта как такового не существует. Следует также подчеркнуть, что предоставление специального правового статуса в данном случае обусловлено необходимостью восстановления или сохранения за такими лицами общего правового статуса с целью обеспечить им равенство в доступе к основным правам и свободам и предотвратить дискриминацию, а не установить привилегированное положение за счет государственных преференций.

Для юридического исследования важное значение имеет также вопрос: является лицо легальным или нелегальным мигрантом. Для юридических классификаций понятие законной и незаконной миграции и, соответственно, определения «легального» или «нелегального» статуса мигранта имеют первостепенное значение.

Для пресечения незаконной миграции необходимо четко определить понятие мигрантов, незаконно въехавших или находящихся на территории государства или части территории государства (или так называемых мигрантов с нелегальным или нерегулируемым правовым статусом). По Соглашению о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с незаконной миграцией от 6 марта 1998 г.¹ «незаконные мигранты» — иностранные граждане и лица без гражданства, нарушившие правила въезда, выезда, пребывания или транзитного проезда через территорию государства, установленные ее национальным законодательством. Вполне очевидно, что приведенное определение в большей степени применимо для целей международного акта. В связи с этим целесообразно дать соответствующее определение мигранта, незаконно въехавшего или находящегося на территории Российской Федерации, и во внутреннем российском законодательстве. При этом оно будет иметь более широкое значение, чем понятие «иммигрант, незаконно въехавший или находящийся на территории Российской Федерации», поскольку будет относиться и к гражданам Российской Федерации, незаконно пребывающим на определенной

¹ Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с незаконной миграцией от 06.03.1998г // Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1998. № 1. С. 81-86.

территории (например, граждане, нарушившие ограничения на въезд и (или) постоянное проживание на территории ЗАТО)¹.

Прибывая в страну или перемещаясь по ее территории, мигрант, независимо от легальности его нахождения, становится субъектом права, участником правоотношений. Как человек он имеет общую правоспособность и дееспособность (например, пользуется конституционным правом на неприкосновенность личности, покупает необходимые ему товары), но, становясь мигрантом, приобретает специальную правоспособность, становится субъектом миграционных отношений. При этом особенность такой юридической категории, как «статус» предполагает для мигранта прохождение определенных процедур, регламентирующих начало (приобретение), состояние и завершение (утрата или лишение) статуса.

Положение мигранта может зависеть и от того, является он гражданином России, иностранцем или лицом без гражданства, т.е. каков его общий правовой статус. Статус гражданина дает ему все права, которые не будут иметь другие категории лиц. Поэтому внутренняя миграция осуществляется на основе равных возможностей свободно передвигаться, выбирать место пребывания и жительства в пределах Российской Федерации для каждого, кто законно находится на ее территории. Внешняя миграция связана с государственным иммиграционным контролем над миграционными потоками иностранных граждан и лиц без гражданства.

До получения гражданства правовой статус мигранта — это статус физического лица, которое в конституционном праве определяется как «человек». В соответствии с этим мигрант имеет права человека как социобиологического существа и физического лица с позиций права. В отличие от прав, принадлежащих гражданину, эти права обозначаются в Конституции РФ формулировкой «каждый имеет право...». Такие положения относятся и к мигранту. Среди них личные права, принадлежащие мигранту как личности, определенные политические и социально-экономические права. Они установлены и могут быть изменены только Российской Федерацией. Органы государственной власти и органы местного самоуправления обязаны содействовать осуществлению конституционных прав и защищать их. Физические и юридические лица

¹ 80-90% незаконных мигрантов в Российской Федерации являются экономическими мигрантами. Принимая во внимание масштабность этого явления, требуются меры по его сокращению. Одним из способов уменьшения числа незаконных мигрантов, применяемых за рубежом (Греция, Италия, Португалия, Испания), является их регуляризация (легализация лиц, отвечающих определенным требованиям). В 2005 г. регуляризация была проведена в 10 пилотных регионах России (Краснодарский край, Красноярский край, Приморский край, Московская область, Сахалинская область, Москва, Санкт-Петербург, Екатеринбург, Иркутск) в отношении мигрантов, которые незаконно работали в стране более трех месяцев. Было легализовано 7400 мигрантов. Пилотная регуляризация сразу принесла в бюджет государства 40 миллионов рублей. Ежегодно легализованные трудящиеся-мигранты вносят в казну около 380 млн. руб.

обязаны уважать права мигранта и не нарушать их. Для осуществления конституционных прав в Российской Федерации действует обширное законодательство. Если в законах не сделано каких-либо исключений (а это возможно только на федеральном уровне), законодательство относится в равной мере как к мигранту, так и к гражданам Российской Федерации.

Так, мигранты-иностранцы имеют право на свободу передвижения в личных или деловых целях в пределах Российской Федерации на основании документов, выданных или оформленных им в соответствии с федеральным законодательством, за исключением посещения территорий, организаций и объектов, для въезда на которые в соответствии с федеральными законами требуется специальное разрешение. Временно проживающий в Российской Федерации иностранный гражданин не вправе по собственному желанию изменять место своего проживания в пределах субъекта РФ, на территории которого ему разрешено временное проживание, или избирать место своего проживания вне пределов указанного субъекта РФ.

Объем политических прав внешнего мигранта гораздо уже, чем права гражданина Российской Федерации. Так, постоянно проживающие в Российской Федерации иностранные граждане в случаях и порядке, предусмотренных федеральными законами, имеют право избирать и быть избранными в органы местного самоуправления, а также участвовать в местном референдуме. В то же время иностранные граждане в Российской Федерации не имеют права избирать и быть избранными в федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов РФ, а также участвовать в референдуме Российской Федерации и референдумах ее субъектов.

Право участвовать в управлении делами государства в Конституции РФ отнесено к правам граждан Российской Федерации. Иностранцы не имеют права находиться на государственной гражданской службе (если иное не предусмотрено международным договором РФ), а также, если они не являются гражданами иностранных государств-участников международных договоров РФ, в соответствии с которым иностранный гражданин имеет право находиться на муниципальной службе, то и на муниципальной службе. Существуют и иные ограничения прав внешних мигрантов.

Что касается обязанностей, то некоторые из них присущи всем категориям мигрантов, поскольку они вытекают из общего конституционного статуса граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства, находящихся на территории Российской Федерации. Речь идет, например, об обязанности соблюдать Конституцию

и законодательство РФ, которая равным образом распространяется на всех лиц, независимо от их статуса и принадлежности к гражданству¹.

Важное значение для статуса мигранта как участника миграционных правоотношений имеет постоянный или временный характер его миграции. Правовое положение мигрантов, переезжающих в Россию на постоянное место жительства, отличается от статуса временных мигрантов, прибывающих по особой квоте, ежегодно устанавливаемой Правительством РФ для трудовой деятельности.

Состояние мигранта, а, следовательно, правовой статус мигрантов — явление, как правило, непостоянное. Он имеет временные рамки и действует до тех пор, пока лицо имеет те особенности, которые и позволяют обособить его среди других лиц. В частности, в случае приобретения гражданства Российской Федерации статус беженца прекращается. В России он получает равные права с другими гражданами и пользуется такой же защитой со стороны российского государства, что и другие граждане. В некоторых зарубежных странах понятие «иммигрант» в обиходе и законодательстве сохраняется гораздо дольше. Это выражается, например, в том, что лица, которые приобрели гражданство путем иммиграции в страну, и после его получения бывают ограничены в некоторых правах (иногда сроком до 10 лет).

Предложенное определение мигранта позволяет выявить общие признаки, которые присущи всем категориям мигрантов, но необходимо исследование особенностей правового статуса отдельных категорий мигрантов.

Таким образом, *мигрантом может признаваться лицо, которое совершает пространственное перемещение через границы государственных или территориальных образований, связанное с целевым изменением им места жительства (места пребывания) на неопределенный либо определенный срок, и получает в результате этого специальный правовой статус.*

¹ Хабриева Т. Я. Миграционное право России: теория и практика. М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, 2008. С. 84.

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ИНСТИТУТА ДЕЛЕГИРОВАННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

Кирякова Ирина Николаевна,
соискатель кафедры конституционного права
Белорусского государственного университета

Научный руководитель:
Василевич Григорий Алексеевич,
д.ю.н., заведующий кафедрой конституционного права
Белорусского государственного университета

В настоящее время на доктринальном уровне не выработано единого определения понятия «делегированное законодательство». Основные взгляды в отношении данного термина можно свести к рассмотрению его в широком и узком смысле слова.

Узкое толкование термина «делегированное законодательство» характерно для авторов учебников по конституционному праву зарубежных стран, таких как В.В. Маклаков,¹ М.Ф.Чудаков,² Б.А. Страшун,³ А.С. Автономов,⁴ Р.Г. Тимофеева,⁵ М.И. Эриашвили,⁶ коллективу под общей редакцией М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина.⁷ Так, В.В. Маклаков под делегированным законодательством понимает «издание правительством имеющих силу закона актов по вопросам, входящим в компетенцию парламента по уполномочиванию последнего».⁸

М.Ф. Чудаков при рассмотрении делегированного законодательства также ограничивает его рамками издания актов Правительством на основе делегируемых Парламентом полномочий.⁹

¹ Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учеб. пособ. М.: Волтерс Кувер, 2006. С. 659-660.

² Чудаков М.Ф. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учеб. пособ. Минск: Новое знание, 2001. С. 368-369.

³ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Т. 1-2. Общая часть: учебник / отв. ред. Б.А. Страшун. М.: БЕК, 1999. С. 475-477.

⁴ Автономов А.С. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. С. 301.

⁵ Тимофеева Р.Г. Конституционное право зарубежных стран: курс лекций со схемами. М.: ИМПЭ – ПАБЛИШ, 2004. С. 120.

⁶ Конституционное право зарубежных стран: учебник / под ред. Лучина и др. М.: ЮНИТИ – ДАНА, Закон и право, 2001. С. 268-269.

⁷ Конституционное право зарубежных стран. учебник / под общей ред. М.В. Баглая. М.: НОРМА, 2000. С. 278.

⁸ Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учеб. пособ. М.: Волтерс Кувер, 2006. С. 659-660.

⁹ Чудаков М.Ф. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учеб. пособ. Минск: Новое знание, 2001. С. 368-369.

В учебнике по конституционному праву зарубежных стран под редакцией М.В. Баглая, Ю.И. Лейбо и Л.М. Энтина к актам делегированного законодательства относятся акты, издаваемые правительством или Президентом в порядке делегирования полномочий парламентом.¹

Промежуточный подход между широким и узким толкованием понятия «делегированное законодательство» изложен в работах таких авторов, как И.А. Алебастрова, В.Е. Чиркин.

Например, по мнению И.А. Алебастровой, «исполнительные органы могут принимать законы только в том случае, если они уполномочены на это законом, то есть в порядке делегирования законодательных полномочий».²

В.Е. Чиркин к делегированному законодательству относит «акты исполнительной власти, изданные по поручению парламента и имеющие силу закона».³

Широкое толкование термина «делегированное законодательство» характерно для таких авторов, как М.Н. Марченко, А.А. Мишин. М.Н. Марченко под делегированным законодательством понимает «всю систему законодательных актов, изданных различными государственными органами на основе полномочий, переданных им парламентом или другим представительным органом».⁴

Такой же точки зрения придерживается А.А. Мишин. Он считает, что, например, «делегированное законодательство в Великобритании осуществляется всеми звеньями правительственного аппарата. В США делегированное законодательство осуществляется как Президентом, так и главами исполнительных департаментов и федеральных министерств».⁵

Более точным представляется рассмотрение содержания понятия «делегированное законодательство» в широком смысле слова. Объясняется это тем, что, формулируя понятие «делегированное законодательство», следует учитывать содержание понятия «законодательство». Данным термином обозначается вся система нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения, в которую входят как законодательные акты, так и другие акты законодательства. Поэтому рассмотрение делегированного законодательства лишь как актов, издаваемых высшими государственными органами (правительство, президент), обладающих силой закона, было бы не достаточно полным.

Под *делегированным законодательством* нами предлагается понимать совокупность нормативных правовых актов, издаваемых

¹ Коркунов Н.М. Указь и законъ. СПб: Типография М.М. Стасюлевича, 1894. С. 278.

² Алебастрова И.А. Конституционное право зарубежных стран: учеб. пособ. М.: Юрайт-М, 2001. С. 203.

³ Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: учебник . М.: Юрист, 2006. С. 305.

⁴ Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М.: ИКД Зерцало.М, 2008. С. 118.

⁵ Мишин А.А. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М.: Белые альвы, 1998. С. 259-261.

президентом, правительством, министрами и другими исполнительными и распорядительными органами, должностными лицами и органами местного управления и самоуправления на основании законодательных и иных полномочий, обычно не входящих в их компетенцию, переданных им парламентом или другими государственными органами, которые, в зависимости от их юридической силы, могут относиться, как к законодательным актам, так и к иным актам законодательства.

Анализ точек зрения различных авторов позволяют утверждать, что следует разграничивать акты, издаваемые в порядке делегирования законодательных полномочий, и акты, издаваемые в порядке делегирования иных полномочий, которые представляют виды делегированного законодательства. Делегированное законодательство является собирательным понятием по отношению к данным видам актов.

Данное разграничение возможно по следующим основаниям: 1) субъекты, которые делегируют свои полномочия; 2) субъекты, которым делегируются полномочия; 3) содержание передаваемых полномочий; 4) основание передачи полномочий; 5) форма акта, в которой издается акт в порядке делегирования полномочий; 6) юридическая сила акта, издаваемого в порядке делегирования полномочий; 7) количество уровней, на которых происходит делегирование полномочий; 8) возможность субделегирования полномочий.

Таким образом, *под актами, издаваемыми в порядке делегирования законодательных полномочий*, нами предлагается понимать совокупность законодательных актов, издаваемых президентом, правительством и другими высшими государственными органами и должностными лицами на основании законодательных полномочий, переданных парламентом посредством закона, в котором определен предмет регулирования данных актов и срок для реализации полномочий.

В данном случае можно вести речь о «делегированном законодательстве, так как данные акты издаются на основании предоставленных парламентом или конституцией (законом) законодательных полномочий органом, не обладающим такими полномочиями, под контролем парламента».¹

Под актами, издаваемыми в порядке делегирования иных полномочий, мы предлагаем понимать совокупность актов законодательства, издаваемых президентом, правительством, министрами и другими исполнительными и распорядительными органами, должностными лицами и органами местного управления и самоуправления, на основании полномочий, не относящихся к

¹ Василевич Г.А., Сивец С.М. Правотворческий процесс: учеб. пособ. Минск: ГИУСТ БГУ, 2008.С. 22-23.

законодательным, обычно не входящих в их компетенцию, переданных им парламентом или другими государственными органами.¹

Что касается практической стороны института делегированного законодательства, то на данном этапе развития данного института имеются некоторые проблемные аспекты в его применении, которые обусловлены следующими обстоятельствами.

1) Недостаточная степень регулирования нормами права.

Анализ конституционного закрепления делегированного законодательства в зарубежных странах позволяет сделать вывод, что процедура издания актов на основании делегирования полномочий ограничивается формулированием в конституциях самых общих принципов делегирования полномочий (указание субъекта, который делегирует полномочия, субъекта, которому делегируются полномочия, форма акта).

Неурегулированными остаются многие вопросы: с какого момента вступают в юридическую силу, с какого момента теряют силу данные нормативные правовые акты, могут ли они изменяться. В ряде государств некоторые из указанных вопросов решаются исходя из общего порядка вступления в силу законодательных актов.

2) Сложность в разграничении законодательной компетенции между исполнительной и законодательной ветвями власти.

В большинстве случаев объем делегированных полномочий непосредственно устанавливается в законе об их делегировании. Но тем не менее, встречается дублирование парламентских актов. Это противоречит принципам теории разделения властей. Причиной данной проблемы являются затруднения в разграничении законодательных полномочий между исполнительной и законодательной ветвями власти.

Неразрешенным остается вопрос о том, передаются ли все законодательные полномочия или их часть. С.З. Зиманов полагает, что «Парламент может делегировать Президенту право издавать законы и по тем вопросам, которые относятся к компетенции самого Парламента».²

Еще Монтескье в работе «О духе законов» считал, что «должна быть четко отмечена область, которую законодательная власть не должна и не может выпускать из своих рук. Если это случится, то исполнительная власть превращается в законодательную».³

Вместе с тем, признание того, что абсолютная независимость «трех властей» в действительности не может существовать, способствовало закреплению участия исполнительной власти в законотворчестве. Сам

¹ Кирякова И.Н. Содержание понятия «делегированное законодательство» // Вестн. Полоцк. гос. ун-та. Сер. Экономические и юридические науки 2010. № 10. С. 186.

² Окушева Р.Т. Законы и акты исполнительной власти, имеющие силу закона, в Республике Казахстан [теоретический анализ] // Журнал российского права. 2000. № 9. С. 115.

³ Разделение властей: учеб. пособ. / отв. ред. М. Н. Марченко. М.: Издательство МГУ; Юрайт – Издат., 2004. С. 28-31.

Монтескье подчеркивал, что законодательная власть должна быть в руках монарха, так как она требует быстрого действия, которое эффективнее выполнять единолично.¹

Основная идея разделения властей заключается не в том, чтобы обеспечить равенство властей, а в том, чтобы выстроить таким образом систему государственной власти, когда ни одна из ветвей не существовала без двух других.²

Делегированное законодательство одни авторы называют основной причиной нарушения баланса между законодательной и исполнительной ветвями власти.

Другие считают, что отсутствие нормы о делегированном законодательстве в системе разделения властей может иметь следующие последствия: 1) законодатель получит возможность обойти свои конституционные задачи; 2) исполнительная власть сможет занять место законодательной власти, не неся при этом ответственности за свои решения; 3) право потеряет предсказуемость.³

Нельзя не указать и на то обстоятельство, что ни в одной конституции зарубежных стран не говорится о том, что парламент может делегировать все свои полномочия в полном объеме. Если бы такое случилось, то Парламент как законодательный орган перестал бы юридически существовать. В то же время в некоторых чрезвычайных случаях делегированное законодательство может быть вполне оправдано. Например, для скорейшего разрешения возникающих проблем (стихийные бедствия, катастрофы национального масштаба и др.).⁴

Автор считает, что для реализации принципа разделения властей при закреплении института делегированного законодательства в конституциях должны учитываться следующие условия:

1. оптимальность соотношения законодательной и исполнительной власти;

2. пределы допустимости делегирования законодательной власти.

В первом случае в юридической науке считается, что оптимальным является случай, когда законодательная власть принимает закон, а исполнительная – исполнительные акты. Однако иногда предлагалось считать акты исполнительной власти по юридической силе стоящими над законами (например, фашистская германия, «демократическая» Россия после расстрела парламента 3-4 октября 1993 года). Например, по закону

¹ Чебуранова С.Е. Французский опыт закрепления института делегированного законодательства // Проблемы сучаснага беларускага права і заканадаўства. Зборнік навуковых прац: Да 25-годдзя юрыдычнага факультэта. Гродна: ГрДУ, 2003. С. 44-45.

² Василевич Г.А. Источники белорусского права: принципы, нормативные акты, обычаи, прецеденты, доктрина. Мн.: Тесей, 2008. С. 159.

³ Семашко Е.В. Юридическая природа нормативных актов государственных органов Республики Беларусь: дис. ... канд. юр. наук. Минск, 2003. С. 58-60.

⁴ Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учеб. пособ. М.: Волтерс Кувер, 2006. С. 661 – 662.

«О ликвидации бедственного положения народа и государства» от 23 марта 1993 года в фашистской Германии органам исполнительной власти предоставлялось право издавать акты, имеющие силу закона. И предусматривалось, что если закон, принимаемый правительством, расходился с формально-действующей конституцией, то это было хуже для самой конституции. Согласно статье 2 закона, делегированные акты могли не соответствовать конституции. Эти акты после их формального утверждения вступали в силу на следующий день.

Относительно второго условия на теоретическом уровне существует несколько подходов. Представители первого подхода в практике делегированного законодательства видят причину разрушения принципа разделения властей. Представители второго подхода в ряде научных изданий приводят многочисленные аргументы в пользу признания делегированного законодательства. В качестве примеров благотворного воздействия процессов делегирования на экономику и общественно-политическую жизнь указывается на американский опыт «массивного делегирования законодательной власти от конгресса к исполнительной власти во главе с президентом Ф. Рузвельтом в 30-е годы. Представители третьего подхода, не отрицая важности процесса делегирования, считают, что для нейтрализации негативного воздействия на реализацию принципа разделения властей необходимо ввести судебную и иные формы контроля над процессом издания делегированных актов.¹

В странах СНГ вопрос о разграничении законодательных полномочий решается следующими способами:

1) закреплено положение о Парламенте как о единственном законодательном органе (Украина);

2) акты главы государства и исполнительной власти издаются на основании Конституции и законов, то есть не допускается делегированное законодательство;

3) применяется делегированное законодательство (Казахстан).²

Мы считаем, решить данную проблему возможно с помощью специального закона, в котором определялся бы предмет нормотворческой компетенции законодательной и исполнительной ветвей власти. Данный акт должен включать нормы коллизионного характера, которые будут указывать на выбор одного из конкурирующих актов, определять допустимый объем противоречий между актами, при превышении которого данные акты одновременно должны быть признаны юридически ничтожными.

¹ Разделение властей: учеб. пособ. / отв. редактор М. Н. Марченко. М.: Издательство МГУ; Юрайт – Издат., 2004. С. 65-66.

² Семашко Е.В. Юридическая природа нормативных актов государственных органов Республики Беларусь: дис. ... канд. юр. наук. Минск, 2003. С. 82.

Анализируя практическую сторону института делегированного законодательства, следует указать на особенности соотношения практики делегирования полномочий и законодательного закрепления возможности передачи полномочий в странах, относящихся к разным правовым семьям.

Например, ни в Конституции США, ни в Конституции Великобритании прямо не указано на возможность делегирования законодательных полномочий, однако такое делегирование признано теорией и судебной практикой. В связи с этим в данном случае можно вести речь не о прямом делегировании законодательных полномочий, а о сложившейся практике делегирования таких полномочий. Многими конституциями стран романо-германской правовой семьи предусмотрена возможность делегирования законодательных полномочий, однако механизм издания актов в таком порядке урегулирован не достаточно полно, а практика применения данного института не получила широкого развития.

Следовательно, практика делегирования законодательных полномочий в странах англо-саксонской правовой семьи является обширной, хотя нормами права возможность передачи полномочий не закреплена. В странах романо-германской правовой семьи наблюдается обратный процесс. Нормами конституций данных стран закреплена возможность передачи парламентом части своих полномочий, но широкого применения данный институт не получил.

Таким образом, проблемным моментом института делегированного законодательства на теоретическом уровне является отсутствие единого определения понятия «делегированное законодательство». Проблемным моментом данного института при применении на практике является недостаточная степень регулирования нормами права и сложность в разграничении законодательной компетенции между исполнительной и законодательной ветвями власти.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ СУДОВ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ С КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РФ ПО НОРМОКОНТРОЛЮ

Мещеряков Павел Николаевич,
аспирант кафедры конституционного и муниципального права
Сибирская академия государственной службы

Научный руководитель:
Кравец Игорь Александрович,
д.ю.н., заведующий кафедрой конституционного и муниципального
права Сибирская академия государственной службы

Правовые основания взаимодействия судебных органов власти по осуществлению нормоконтроля, представляют собой комплексный институт взаимоотношений, урегулированных нормами материального и процессуального права, возникающих на любой стадии судопроизводства.

Исходя из анализа норм Гражданского процессуального кодекса РФ¹ (далее – ГПК РФ), Уголовно-процессуального кодекса РФ² (далее – УПК РФ), Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»³ (далее – ФКЗ о КС), судебной практики КС РФ, можно выделить следующие формы взаимодействия судов общей юрисдикции с Конституционным Судом РФ по нормоконтролю:

1. Содействие судов общей юрисдикции Конституционному Суду в устранении из правовой системы России неконституционных нормативных правовых актов путем направления запросов о проверке конституционности законов, подлежащих применению⁴ ими в конкретном деле.

Нормоконтроль, осуществляемый судами общей юрисдикции, соотносится с деятельностью Конституционного Суда РФ в этой сфере.

Конституционный Суд РФ осуществляет нормоконтроль в порядке конституционного судопроизводства. В данном случае имеет место быть судебный конституционный контроль.

Соотношение этих двух институтов относительно российской правовой системы выражается в следующем.

Во-первых, такая контрольная деятельность осуществляется судебными органами. Во-вторых, она имеет единую цель – выявление и устранение нарушений законодательства, способствование повышению правотворческой и правоприменительной деятельности.

В-третьих, решения судов, принятые по результатам осуществления судебного конституционного контроля и судебного нормоконтроля, подлежат опубликованию⁵.

2. Пересмотр гражданских и уголовных дел в результате признания Конституционным Судом не соответствующим Конституции РФ закона, примененного в конкретном уголовном или гражданском деле. Данное основание предусмотрено в ГПК РФ и обозначено в нем в качестве вновь открывшегося обстоятельства (п. 5 ч. 2 ст. 392), а в УПК РФ - в качестве

¹ Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002г. № 138-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

² Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52. Ст. 4921.

³ О Конституционном Суде Российской Федерации Федеральный Конституционный Закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

⁴ С 11 февраля 2011 года формулировка ст. 101 ФКЗ о КС РФ была изменена Федеральным конституционным законом от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 45. Ст. 5742.

⁵ См.: статья 78 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.; Ст. 253 ГПК РФ.

нового обстоятельства (п. 1 ч. 4 ст. 413). Следует учитывать, что основанием для пересмотра дела являются также судебные акты Конституционного Суда РФ, которыми проверяемые на конституционность законы были признаны соответствующими Конституции РФ, однако, правоприменителем им придавалось истолкование, расходящееся с конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом РФ. Такое решение Конституционного Суда также относится к новому (уголовное судопроизводство) или вновь открывшемуся обстоятельству (гражданское судопроизводство)¹, являющемуся, на наш взгляд, основанием для пересмотра дела.

Не предусмотрено в качестве вновь открывшегося или нового обстоятельства основания для пересмотра дела об административном правонарушении в Кодексе РФ об административных правонарушениях² (далее – КоАП РФ) признание Конституционным Судом РФ не соответствующим Конституции закона, который был применен в деле об административном правонарушении. Думается, что в таком случае должны применяться положения ст. 79 ФКЗ о КС РФ, согласно которым решения судов и иных органов, основанные на актах или их отдельных положениях, признанных постановлением Конституционного Суда РФ неконституционными, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях.

Вместе с тем, КоАП РФ такого случая не предусматривает. В нем закреплена процедура обжалования постановления по делу об административном правонарушении в общем порядке (когда постановление, решение не вступило в законную силу) или в порядке надзора (в случае вступления постановления, решения в законную силу)³.

Конечно, уполномоченный орган или лицо, рассматривавшее дело об административном правонарушении обязан будет пересмотреть дело, в котором был применен не соответствующий Конституции закон, на основании решения Конституционного Суда РФ, которое в силу ст. 6 ФКЗ о судебной системе РФ и ст. 79 ФКЗ о КС РФ является обязательным для исполнения. Но возникает вопрос, каков будет процессуальный порядок пересмотра дела, ведь в КоАП он отсутствует.

¹ Об этом указано в Определении Конституционного Суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р, которое в силу ст. 79 ФКЗ о КС РФ и ст. 6 ФКЗ «О судебной системе РФ» является обязательным для всех государственных органов без исключения. См.: Определение Конституционного Суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р «О разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 года № 2-П по делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2008. № 48. Ст. 5722.

² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (часть I). Ст. 1.

³ См.: главу 30, ст.ст. 30.1., 30.12. КоАП РФ.

Институт пересмотра дел ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств предусмотрен в трех основных процессуальных актах Российской Федерации: в Арбитражном процессуальном кодексе РФ, Гражданском процессуальном кодексе РФ, Уголовно-процессуальном кодексе РФ. КоАП РФ является смешанным актом, т.е. актом, содержащим в себе как нормы материального, так и процессуального права, и этот нормативный акт также нуждается в закреплении этого института.

По нашему мнению, в целях устранения указанного пробела КоАП РФ необходимо дополнить процедурой пересмотра дел по вновь открывшимся обстоятельствам. Дополнительно отразить в качестве одного из вновь открывшихся такое обстоятельство для пересмотра дела, как решение Конституционного Суда РФ о признании закона, примененного в конкретном деле об административном правонарушении, не соответствующим Конституции РФ, а также решение Конституционного Суда РФ, которым проверяемому на соответствие Конституции РФ закону Конституционный Суд придал иное истолкование, расходящееся с толкованием, придаваемым закону лицом или органом, уполномоченным рассматривать дело об административном правонарушении.

Для установления компетентным органом или должностным лицом наличия нового или вновь открывшегося обстоятельства для пересмотра дела любой категории будет достаточно представления вместе с заявлением о пересмотре дела решения Конституционного Суда РФ.

Такой вывод мы делаем, исходя из правовой позиции, выраженной Конституционным Судом РФ в постановлении от 2 февраля 1996 г. № 4-П¹.

Конституционный Суд РФ указал в этом постановлении, что для пересмотра уголовного дела Президиумом Верховного Суда РФ в рассматриваемой в постановлении правовой ситуации не требуется ни проведения расследования новых или вновь открывшихся обстоятельств, ни последующего направления его материалов вместе с заключением прокурора в суд. Единственным и достаточным поводом для пересмотра уголовного дела является само решение Конституционного Суда РФ о признании закона, примененного в конкретном деле, не соответствующим Конституции РФ.

3. Признание не соответствующими Конституции законов субъектов РФ на основании ранее вынесенного постановления Конституционного Суда по схожему делу, путем подтверждения недействительности таких

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1996 года № 4-П по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан К. М. Кульнева, В. С. Лалуева, Ю. В. Лукашова и И. П. Серебrenникова // *Собрание законодательства РФ*. 1996. № 7. Ст. 701.

актов, содержащих аналогичные положения, которые уже были признаны неконституционными Конституционным Судом РФ¹.

Регулирование процесса взаимодействия судов общей юрисдикции с Конституционным Судом РФ и конституционными (уставными) судами субъектов РФ как в научном, так и в правовом поле в полном объеме не происходило.

Несмотря на то, что судьи независимы от кого бы то ни было, взаимодействие в сфере нормоконтроля - это та область деятельности, в которой необходимо сотрудничество между судебными органами общей и конституционной юрисдикции.

Представляется, что развитие взаимодействия между судами по осуществлению нормоконтроля принесет плоды в виде устранения противоречивых федеральных, региональных и местных нормативных актов. Для чего необходимо предоставить конституционным (уставным) судам субъектов РФ, судам общей юрисдикции и арбитражным судам право рассматривать дела о признании недействующими законов субъектов РФ путем распространения на них правовых позиций Конституционного Суда РФ, закрепив такое право на законодательном уровне.

Как известно, существует тезис «кто информирован, тот защищен». Защищенность в данном случае представляется как информированность лица, осуществляющего правосудие о тех или иных правовых позициях, выраженных в решениях Конституционного Суда РФ.

В судебной практике существовали случаи, когда судьи по каким-либо причинам, в том числе по причине незнания, не исполняли решения Конституционного Суда РФ, что впоследствии нарушало права, свободы и законные интересы граждан, а в целом отражалось на единообразии судебной практики².

7 февраля 2011 года был принят Федеральный конституционный закон «О судах общей юрисдикции в РФ»³ (далее по тексту - ФКЗ о судах

¹ Данная правовая позиция была выражена Конституционным Судом РФ в постановлении от 11 апреля 2000 г. № 6-П. См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. № 6-П по делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 2 статьи 1, пункта 1 статьи 21 и пункта 3 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с запросом Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 4. С. 15-29.

² См. более подробно об этом судебные акты: Определение Кассационной коллегии Верховного Суда РФ от 8 июля 2008 г. № КАС08-307 // СПС «Консультант Плюс». ; Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. № 1-П по делу о проверке конституционности положения статьи 336 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан К.А. Инешина, Н.С. Никонова и открытого акционерного общества «Нижнекамскнефтехим» // Собрание законодательства РФ. 2006. № 10. Ст. 1145; Статьи И.Р. Медведева, А.Р. Султанова: Медведев И.Р. Практика применения статьи 336 ГПК РФ: преждевременный оптимизм // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 4. С. 25-28; Султанов А.Р. О кассационном производстве по делам об оспаривании нормативных актов // Российский судья. 2010. № 1. С. 44-48.

³ О судах общей юрисдикции в Российской Федерации: Федеральный Конституционный Закон РФ от 07 февраля 2011 г. № 1-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. 2011. № 7. Ст. 898.

общей юрисдикции). ФКЗ о судах общей юрисдикции вступает в силу в 2012 году, а отдельные его положения - в 2013 году.

Для того чтобы свести на минимальный уровень повторение подобных случаев, можно предложить следующие меры.

а) Необходимо дополнить ФКЗ о судах общей юрисдикции положением о том, что Верховный Суд РФ, как высший судебный орган среди судов общей юрисдикции, в различных формах должен информировать об актах Конституционного Суда РФ нижестоящие суды, путем включения таких актов в перечни нормативных материалов, направляемых в суды, либо специально доводить до судов тексты названных актов, которые прямо относятся к судам общей юрисдикции, помимо постановлений Пленума, Президиума, судебных коллегий заимствовать подобную практику у Высшего Арбитражного Суда РФ и публиковать специальные информационные письма в «Бюллетене Верховного Суда РФ»;

б) Дополнить ФКЗ о судах общей юрисдикции положением об участии в заседаниях Пленума Верховного Суда РФ для обсуждения вопросов взаимодействия между органами конституционной юстиции и судами общей юрисдикции в сфере исполнения решений органов конституционного правосудия, а также судебной практики, имеют право принимать председатель Конституционного Суда РФ и председатели конституционных (уставных) судов субъектов РФ.

Подводя итог, можно сказать, что правовыми основаниями взаимодействия Конституционного Суда и судов общей юрисдикции по нормоконтролю являются в настоящее время нормы, закрепленные в ГПК РФ (рассмотрение дел об оспаривании нормативных правовых актов), Конституции РФ, ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», ФКЗ «О судах общей юрисдикции в РФ» (направление запроса в Конституционный Суд РФ) и правовые позиции КС РФ, закрепленные в его постановлениях и определениях, УПК РФ (также в части направления запроса в Конституционный Суд РФ в связи с возникшей неопределенностью в вопросе соответствия подлежащего применению в конкретном деле закона Конституции РФ).

Взаимодействие Конституционного Суда РФ и судов общей юрисдикции в сфере нормоконтроля должно основываться на невмешательстве в компетенцию друг друга. Для этого нужно на законодательном уровне четко определить компетенцию одного и другого по проверке конституционности нормативно-правовых актов.

ПРОБЛЕМЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Попова Светлана Владимировна,
студентка 5 курса юридического факультета
Волгоградского государственного университета

Научный руководитель:
Давыдова Марина Леонидовна,
д.ю.н., доцент, заведующая кафедрой конституционного и
муниципального права
Волгоградского государственного университета

Как свидетельствует Конституция, мы живем в демократическом, правовом государстве. В государстве, где человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства (ст. 2 настоящего закона).

Однако, несмотря на данное высказывание, проблема ограничения прав и свобод граждан является наиболее актуальной в наше время. Для того чтобы выделить проблемы ограничения прав и свобод граждан, необходимо понять, что же представляют собой ограничение прав и свобод. На мой взгляд, сам термин «ограничения» носит двухсторонний характер. С одной стороны, права и свободы граждан не могут быть бесконечными, ничем не ограниченными, учитывая, что мы живем в обществе. Демократия немыслима не только без самых широких прав для граждан, но и без определенных запретов и ограничений, установленных против различного рода антиобщественных явлений. Как писал известный русский философ 19 века: «где свобода отдельного лица не ограничена никакими правилами, никакими предписаниями, там нет вообще никакого права, существенным признаком права является правило, норма, ограничивающая свободу»¹.

С другой стороны, чрезмерное ограничение прав и свобод граждан со стороны государства является недопустимым, так как это может перейти в следующую стадию – нарушение прав и свобод, что носит противозаконный характер.

Таким образом, важно установить пределы ограничений, а именно установить баланс между правами человека и интересами демократического общества в соответствии с основополагающей конституционной идеей об обеспечении максимально возможной свободы личности. Такой баланс достигается путем наложения неких разумных

¹ Трубецкой Е.Н. Труды по философии права. СПб., 2001. С. 291.

ограничений как на власть государства над гражданином, так и на права и свободы личности. В связи с этим возникает закономерный, имеющий принципиальный характер вопрос: что понимать под «разумными ограничениями и до каких пределов власть вправе ограничивать права граждан? Актуальность его на современном этапе существенно возросла по следующим причинам.

Во-первых, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ предусматривает возможность ограничения федеральным законом прав и свобод человека и гражданина «только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Такая возможность в части прав и свобод, не подлежащих ограничению, предусмотрена для условий чрезвычайного положения¹. Однако до сих пор не выработана единая точка зрения на то, какие права и свободы можно отнести к абсолютным, т. е. тем, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах. Данное высказывание можно проследить на примере. Так, согласно ч. 3 ст. 56 Конституции РФ перечень прав и свобод, не подлежащих ограничению при введении чрезвычайного положения, отличается от того, который фигурирует в п. 1 и 2 ст. 4 Международного пакта о гражданских и политических правах. Наш перечень несколько шире, в нем к абсолютным правам дополнительно отнесены: право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ч. 1 ст. 23); право на тайну частной жизни (ст. 24); право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34). Так вот, некоторые эксперты предлагают эти дополнительные права из Конституции исключить². Правда, большинство правоведов выступают за сохранение этого перечня в неизменном виде³.

Во-вторых, проблема ограничения прав и свобод актуальна в России, поскольку «люди уверены, что они абсолютно беззащитны перед государственной машиной и, если того потребуют “интересы государства”, ими пожертвуют без малейших колебаний»⁴. Такие настроения

¹ Конституция РФ // СПС «Консультант Плюс».

² Лозбинец В. В. Институт чрезвычайного положения в Российской Федерации : теория, законодательство, практика). М., 2001. С. 169–171, 184–185; Право и права человека в условиях глобализации : научная конференция // Государство и право. 2006. № 2. С. 114.

³ Пчелинцев С. В. Права и свободы граждан в условиях чрезвычайного и военного положения // Законность. 2003. № 4. С. 3; Лабунец Б. Г. Проблема обеспечения права на жизнь и личную неприкосновенность в условиях чрезвычайного положения в решениях Европейского суда по правам человека // Международное публичное и частное право. 2005. № 3. С. 22–25; Шейнин Х. Б. Допустимые ограничения прав человека в международном праве и по Конституции Российской Федерации // Общеизвестные принципы и нормы международного права, международные договоры в практике конституционного правосудия. М., 2004. -С. 159–164.

⁴ Ноздрачев А. Ф. Гражданин и государство: взаимоотношения в XXI веке // Журнал российского права. 2005. № 9. С. 14.

способствуют «размыванию демократических устоев, деструктивному отношению к государственному аппарату и в результате к нарушению гражданского мира и согласия в стране. Это перспектива, которая никого и никогда не может устроить»¹.

В третьих, следует отметить, что в советской литературе уделялось серьезное внимание проблеме ограничения прав и свобод в особых условиях (реальной угрозы государственной или общественной безопасности, стихийных бедствий, угрозы распространения инфекционных заболеваний, взрывов, введение военного положения), включая не только «сужение возможностей реализации некоторых прав и свобод», но и возложение на граждан дополнительных обязанностей, вызванных конкретными обстоятельствами особого положения.

Весьма близкие к современному пониманию объективные условия для ограничения прав граждан выделялись Ф.М. Рудинским, среди которых, на его взгляд, основными являлись такие существенные обстоятельства, как: а) борьба с правонарушениями; б) военное положение; в) эпидемии и стихийные бедствия².

В последующем такой подход в целом имел преобладающий характер. Обоснованно обращается внимание на то, что ограничение прав и свобод граждан является необходимым элементом особых правовых режимов, поскольку, с одной стороны, граждане объективно не имеют возможности в полном объеме реализовывать свои права (а в некоторых случаях их реализация приведет к образованию негативных последствий как для целей поддержания специального режима, так и для самих граждан), а с другой стороны, такое ограничение является условием более эффективного поддержания режима чрезвычайного или военного положения.

В- четвертых, следует отметить проблему ограничения прав и свобод граждан в период терроризма. Подход к данной проблеме чрезмерно неустойчив во всем мировом сообществе. Как писал Генеральный прокурор РФ Владимир Устинов, «...при относительно небольшой интенсивности терроризма любое ограничение демократических свобод в обществе воспринималось крайне отрицательно, как использование государством неблагоприятной ситуации для того, чтобы усилить свое вмешательство в личную жизнь граждан, облегчить для себя контроль за их действиями и снизить планку требований к себе»³.

Проанализировав ст. 55 Конституции РФ, можно сделать вывод о том, что проблема ограничения базируется на принципе сочетания публичных и частных интересов. Говоря о защите публичных интересов,

¹ Ноздрачев А. Ф. Гражданин и государство: взаимоотношения в XXI веке // Журнал российского права. 2005. № 9. С. 14.

² Конституционный статус личности в СССР / под ред. Н.В. Витрука, В.А. Масленникова, Б.Н. Топорнина. М., 1980. С. 174.

³ Устинов В. В. Международный опыт борьбы с терроризмом: стандарты и практика. М., 2002. С. 159.

следует отметить, что она представлена в первую очередь такими основаниями, как: 1) защита основ конституционного строя и 2) обеспечение обороны страны и безопасности государства¹.

В качестве образца правомерного ограничения прав и свобод граждан выступают нормы федерального конституционного закона «О чрезвычайном положении»².

Можно выделить следующие пределы по ограничению прав и свобод гражданина РФ, применяемые в условиях борьбы с терроризмом:

а) особый режим въезда и выезда в населенный пункт, местность, где произошел террористический акт либо где проводится специальная военная операция; б) запрет на митинги, шествия, собрания, забастовку, демонстрации, пикетирование; в) изъятие имущества у организаций и граждан в соответствии с действующим законодательством, а также с учетом условий ограничения; г) задержание и интернирование (изоляция) в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, действующим российским законодательством граждан Российской Федерации; д) прекращение деятельности в РФ организаций, в отношении которых правоохранительными органами получены достоверные сведения о том, что указанные организации осуществляют деятельность, направленную на подрыв обороны и безопасности РФ. е) введение цензуры за почтовыми отправлениями и сообщениями, передаваемыми с помощью телекоммуникационных систем, а также контроля за телефонными переговорами, создание органов цензуры, непосредственно занимающихся указанными вопросами; ж) причинение ущерба имуществу граждан в связи с проведением военных специальных операций по предотвращению совершения террористических актов, а также ответных военных спецопераций по выявлению, захвату или устранению членов террористической группировки, совершившей террористический акт³.

Введение чрезвычайного положения приводит к своеобразному перераспределению взаимных прав и обязанностей человека, гражданина и государства: расширяются полномочия органов государственной власти за счет ограничения прав и свобод граждан. Таким образом, законодатель должен осознавать, что ограничения не должны повлечь какую-либо дискриминацию и действуют в рамках, установленных международным правом, четко соблюдая пределы ограничения прав и свобод, руководствуясь принципами законности необходимости, обоснованности формального равенства.

¹ Кунц Е.Б. Права и свободы человека и гражданина в условиях чрезвычайной ситуации и военного положения // Законность. 2003. № 4. С.37.

² О чрезвычайном положении: Федеральный Конституционный Закон РФ от 30 мая 2001 г [в ред. От 07.03. 2005] // СПС «Консультант Плюс

³ Головинский В.В. Пределы ограничения прав и свобод в условиях борьбы с терроризмом // Вопросы юриспруденции: Сборник научных статей. Вып. 1. М.: ООО "ИРИС ГРУПП", 2007. С. 413.

В заключение следует сказать, что отношения между государством и обществом должен регулировать прежде всего закон, который устанавливает разумный баланс между полномочиями властей и правами общества без неоправданного ущемления интересов обеих сторон.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРИНЦИПЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИКИ: РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

Соломкина Вероника Сергеевна,
студентка 2 курса юридического факультета
Воронежского государственного университета

Научный руководитель:
Бутусова Наталья Владимировна,
д.ю.н., профессор кафедры конституционного права
России и зарубежных стран
Воронежского государственного университета

Принципы основ конституционного строя Российской Федерации находятся в неразрывной связи и взаимообусловленности. В частности, ст. 1 Конституции Российской Федерации закрепляет принцип правового государства, который находится во взаимосвязи с принципом, определяющим человека, его права и свободы в качестве высшей ценности (ст.2), с принципами идеологического многообразия, политического плюрализма (ст. 13), верховенства Конституции и других законов (ст. 15) и др.

Правовое государство невозможно представить без существования гражданского общества, которое строит свои отношения с государством на позициях взаимодействия, партнёрства и взаимной ответственности. Это зрелое общество, состоящее из индивидов с активной гражданской позицией, предприимчивых, осознающих себя его частью. В его основе – частная собственность, из права на которую вытекает свободное предпринимательство и другая не запрещённая законом экономическая деятельность, конкуренция. Построение гражданского общества невозможно без экономической свободы, многообразия различных форм собственности, рыночных отношений.

Обеспечить все эти условия может только государство путём правового регулирования отношений в экономической сфере с учётом мирового опыта и достижений науки – прежде всего, правовой и экономической.

«Конституционное право закрепляет основы экономической системы государства, отражая существующий тип экономики, существующие

(допускаемые) в государстве формы собственности и исходные правила экономической деятельности».¹

В ст. 8 Конституции Российской Федерации перечислены основные принципы, на которых строится экономика России, характеризующие её как рыночную: единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, признание и защита равным образом частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности.

Единство экономического пространства предполагает, что на территории Российской Федерации не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, а ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей (ст. 74 Конституции РФ).²

Однако в 1990 году двумя республиками, а именно Татарстаном и Чечней, была предпринята попытка отделения от РСФСР, сопровождавшаяся установлением таможенных границ, что нарушало внутригосударственный принцип единства экономического пространства. Только с подписанием в 1994 году Договора с Татарстаном и в результате военных действий в Чеченской республике на рубеже веков удалось вернуть экономическое единство государства.³

Следующей экономической основой конституционного строя является *поддержка конкуренции*. Она прежде всего выражается в создании антимонопольного законодательства, создании равных условий для различных субъектов рынка, поддержке малого предпринимательства.

Свобода экономической деятельности предполагает реализацию права на произвольное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещённой законом деятельности, право на свободу труда, а также право частной собственности (ст. 34-37 Конституции РФ). Этот принцип имеет очень важное значение, потому что предоставляет участникам экономических отношений широкий круг возможностей в хозяйственной сфере. Преимущественно это право выбора источника дохода: предпринимательство или наёмный труд. Однако эта свобода относительна, она ограничивается правовыми рамками. Еще во

¹ Авакьян С. А. Конституционное право России. Т 1. М., 2010. С. 489.

² См.: Об основах налоговой системы в Российской Федерации: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 1997 г. по делу о проверке конституционности положений абзаца второго пункта 2 статьи 18 и статьи 20 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1997 г. // Собрание законодательства РФ. 1997. № 14. Ст.1730.

³ Сухов И. Российский Федерализм и эволюция самоопределений // Россия в глобальной политике. 2007. № 2. С. 187 – 201.

французской Декларации прав человека и гражданина 1789 г. отмечалось, что «свобода состоит в возможности делать все, что не приносит вреда другому».¹ Это способствует обеспечению прав и свобод всех участников экономической деятельности.

В соответствии с принципом *признания и защиты различных форм собственности* Конституция Российской Федерации закрепляет частную, государственную, муниципальную и иные формы собственности и указывает на их равенство (ст. 8). Частная собственность – основа рыночной экономики и существования гражданского общества. Благодаря её юридическому закреплению существует возможность заниматься предпринимательской деятельностью. Ст. 35-36 закрепляют ряд правомочий, раскрывающих содержание права частной собственности: на государственную защиту, на свободное владение, пользование и распоряжение имуществом, на гарантии при отчуждении по инициативе государства, на обеспечение права на наследование и др.

«Частная собственность является одной из основ развитого правового государства. Её защищенность — гарант стабильности и развития социально-экономической системы».² Поэтому практически все мировые Конституции знают не только институт отчуждения частной собственности, но и возмещения при экспроприации имущества. Ч. 3 ст. 35 Конституции Российской Федерации гласит: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения».³ Как видим, Основной закон предусматривает судебную защиту права частной собственности, однако он говорит об отчуждении только в интересах государства.

Конституции Италии, Германии, Испании и Бразилии используют другой подход, они исходят из целей «общественной полезности» или «социальных интересов» при решении вопроса экспроприации имущества и определении условий выплаты компенсации. Это обусловлено социальной функцией собственности, которая заключается в её обязывающем характере, служении при использовании одновременно и общему благу, ответственности собственника.⁴ Таким образом, предполагается не только государственный интерес, но и общественный, что представляется более демократичным. Интересы общества не только должны учитываться, но и превалировать над интересами государства, ведь, в конечном счете, оно создаётся во имя служения этому самому обществу и достижения его целей и задач.

¹ Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 65.

² Конституционная экономика / Г.А. Гаджиев [и др.]. М., 2010. С. 80 – 81.

³ Конституция Российской Федерации // Собрание законодательства РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

⁴ См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 74-75; С. 132; С. 208; С. 290.

Также, по нашему мнению, формулировка «иные формы собственности», содержащаяся в ч. 2 ст. 8 Основного Закона Российской Федерации, порождает неясность. Думается, что необходимо дополнить этот перечень другими существующими формами, например, Конституция Португалии выделяет кооперативную и общественную собственность (ст. 80).¹

На наш взгляд, было бы полезно использовать и положения советских конституций при регулировании отношений собственности. В Конституции 1978 года с учётом поправок, внесённых в начале девяностых годов прошлого века, устанавливался исчерпывающий перечень форм собственности: частная (юридических лиц и граждан), коллективная (общая совместная, общая долевая), государственная, муниципальная и собственность общественных объединений. Она не могла использоваться в целях, противоречащих интересам общества, правам и свободам других граждан, её конфискация и реквизиция допускалась только в случаях и в порядке, предусмотренных законом.²

Также мы должны вынести урок из экономических реформ последнего десятилетия двадцатого века, а именно - из процесса массовой приватизации государственной собственности. В стремлении наполнить хоть какими-то денежными средствами опустевшую казну, государство, а *вернее, представители властвующей элиты того времени пренебрегли интересами государства и общественными интересами.* Счётная Палата среди наиболее распространенных и характерных нарушений, имевших место в деятельности органов исполнительной власти в ходе этого процесса в 1993-2003 гг., отметила необоснованное занижение цены продаваемых государственных активов, притворность конкурсов и низкую результативность продаж.³ Особую актуальность вопросы приватизации приобрели именно в настоящее время, потому что дефицит бюджета снова заставляет государство распродавать федеральное имущество.

В связи со всем этим представляется необходимым включить в Конституцию нормы, посвященные приватизации и национализации собственности. Необходимо также очертить круг отраслей, являющихся стратегическими для нашей страны, и установить механизмы правового регулирования в них, вплоть до создания государственной монополии.

Особое внимание нужно уделить нефтяной и газовой отрасли. Ведь наша экономика, несмотря на процесс модернизации, остаётся сырьевой. Половину поступлений Государственного бюджета на 2011 год составят как раз нефтегазовые поступления.⁴ То есть наша экономика самым

¹ См.: Окуньков Л. А. Конституции государств Европы. Т. 3. М., 2001. С. 132.

² См.: Конституция РФ от 12. апреля 1978 г. // Свод законов РСФСР. Т.1. М., 1998. С. 13.

³ См.: Анализ процессов приватизации государственной собственности в Российской Федерации за период 1993-2003 г. : экспертно-аналитическое мероприятие. М., 2004. С. 58 – 62.

⁴ См.: О федеральном бюджете на 2011 год и на плановый период 2012 и 2013 годов : ФЗ от 13 дек. 2010 г. № 357-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2010. № 51. Ст. 6809.

тесным образом зависит от добычи сырья в стране и от цен на углеводороды на мировом рынке. Диверсификация хозяйственной сферы займёт продолжительное время, нам ещё предстоит развивать промышленность на основе инноваций, поэтому на данный момент необходимо извлечь все возможные плюсы из существующей структуры экономики, не забывая об охране окружающей природной среды.

Согласно ст. 1.2. закона о недрах «Недра в границах территории Российской Федерации, включая подземное пространство и содержащиеся в недрах полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, являются государственной собственностью».¹ Однако, по-видимому, необходимо закрепить эту норму на конституционном уровне, предусмотрев государственную монополию на добычу, переработку, сбыт и экспорт нефти и газа. Частные компании это должны делать в порядке исключения, в случаях, предусмотренных законом.

Весьма полезным здесь был бы опыт конституционного закрепления аналогичных положений в зарубежных странах. Так, Конституция Бразилии содержит норму (ст. 77), согласно которой монополией Союза является разведка, эксплуатация месторождений нефти, природного газа и других жидких углеводородов, очистка нефти, импорт и экспорт этих продуктов и основных производных от них, морской транспорт по перевозке сырой нефти, а также нефте- и газопроводы, хотя далее и содержится возможность передачи этого права штатам или частным компаниям.² Конституция Мексики в ст. 27 закрепляет, что «сдача концессий на нефть и другие твердые, жидкие и газообразные углеводороды не допускается; закон определяет порядок, в котором государство может осуществлять эксплуатацию этих богатств».³ В Объединённых Арабских Эмиратах, Саудовской Аравии и Кувейте, являющихся крупными добытчиками и экспортерами нефти, месторождения и компании могут находиться только в государственной собственности.⁴

Ещё одним вопросом, требующим конституционной регламентации является сфера сельского хозяйства. Для России это один из важнейших секторов экономики, по данным Всероссийской сельскохозяйственной переписи 2006 года, земли сельскохозяйственного назначения составляют 450 млн. гектаров. Это огромная территория, однако мы до сих пор не научились извлекать из этого максимальную выгоду. В XXI веке перед Россией стоит задача обеспечить свою продовольственную безопасность, для этого необходимо вывести сельское хозяйство на новый уровень, в том

¹ О недрах : ФЗ от 21 фев. 1992 г. № 2395-1 // Собрание законодательства РФ. 1995. № 10. Ст. 823.

² См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 361- 363.

³ Жидков О. М. Мексиканские Соединенные Штаты: конституция и законодательные акты М., 1986.

⁴ См.: Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран: учебник. М., С. 115.

числе и правовой, переориентировать с экстенсивного способа ведения на интенсивный.

Конституция Бразилии содержит целую главу «О земельной и сельскохозяйственной политике и об аграрной реформе», в которой говорится о социальной функции сельскохозяйственной собственности: о надлежащем и рациональном использовании земли, сохранении окружающей среды, эксплуатации земли, способствующей повышению благосостояния собственников и трудящихся. Так же определены основные направления политики государства в этой сфере: это кредитование и контроль, соответствие цен расходам на производство и гарантия продажи, стимулирование развития исследований и технологии, техническая помощь и расширение сельскохозяйственного производства, сельскохозяйственное страхование, развитие кооперации, электрификация на селе и ирригация, обеспечение жильём сельскохозяйственных трудящихся.¹

Статья 130 Конституции Испании устанавливает, что «публичные власти способствуют модернизации и развитию всех секторов экономики, в частности земледелия, животноводства, рыболовства, различных ремёсел в целях приведения качества жизни всех испанцев к одинаковому уровню».² То есть конституционно гарантируется не только государственная поддержка сельского хозяйства, но и постоянное развитие экономики для достижения главной цели в социальной сфере – выравнивания уровня жизни граждан, так как есть понимание того, что без так называемого среднего класса, составляющего основу гражданского общества, не будет воплощена идея социального правового государства. Считаю необходимым предусмотреть аналогичное положение в российской Конституции. Тем более что в соответствии с принципом преемственности идей и принципов российских конституций в ст. 20 Конституции РСФСР 1978 г. закреплялась основная цель государства в социальной сфере: «расширение реальных возможностей для расширения гражданами творческих сил, способностей и дарований, для всестороннего развития личности».³

Помимо этого Испанская Конституция регулирует и другие социально значимые вопросы, устанавливая в ст. 42 следующее: «государство проявляет особую заботу о защите экономических и социальных прав испанских трудящихся за рубежом и проводит политику, направленную на их возвращение».⁴ Если учесть, что одной из проблем, имеющих место у нас в стране, является так называемая «утечка мозгов»,

¹ См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 361 – 363.

² Там же. С. 225.

³ Конституция Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 12 апреля 1978 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

⁴ Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 209.

то представляется целесообразным конституционное закрепление аналогичного принципа в российской Конституции.

На наш взгляд, для совершенствования российской Конституции представляет интерес и ст. 51 Основного закона Испании, которая содержит принцип защиты прав потребителей; аналогичные положения присутствуют в Конституциях Швейцарии (ст. 97) и Бразилии (ч. 32 ст. 5).¹ Ведь конечной целью экономики является удовлетворение разнообразных общественных потребностей и интересов. Хозяйственная сфера нацелена на потребителя, а так как он является самым незащищённым участником рынка, то государству следует обеспечивать и защищать его права.

Также следует уделить большее внимание концепции устойчивого развития, предполагающей существование цивилизации в гармонии с природой, а значит, и переориентации экономики к экологичности. Природные ресурсы и энергия должны использоваться эффективно и рационально за счёт берегающих и безопасных технологий на основе научно-обоснованной модели экономического развития. В частности, представляется актуальным в случае проведения конституционной реформы включить в Конституции РФ норму следующего содержания: «Государственная инновационная политика направлена на решение задач по техническому перевооружению производства в интересах экономического развития страны. Обеспечивается приоритетное развитие энергосберегающих и экологосберегающих технологий»². Следует признать удачным и положение российской Конституции 1978 года (в редакции 1992 года): «В интересах настоящего и будущих поколений в Российской Федерации принимаются необходимые меры для охраны и научно обоснованного, рационального использования земли и ее недр, водных ресурсов, растительного и животного мира, для сохранения в чистоте воздуха и воды, обеспечения воспроизводства природных богатств и улучшения окружающей человека среды».³

Поскольку переход к устойчивому развитию должен обеспечиваться государством, возникает вопрос, какой должна быть степень вмешательства государства в экономику?

Мировой финансовый кризис 2008 года обнажил слабые стороны рыночной модели экономики и заставил по-другому взглянуть на роль государства в регулировании хозяйственной сферы. Отправной точкой финансового кризиса стали проблемы на рынке кредитования в США и как следствие - ипотечный кризис. Банки бесконтрольно выдавали большое количество кредитов с высокими рисками, то есть кредитуя лиц с низкими доходами и плохой кредитной историей. Тем самым стал очевиден изъян

¹ См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 109; С. 210; С. 291.

² Бутусова Н. В. Конституционно-правовой статус российского государства. М. Воронеж, 2006. С. 231.

³ Конституция Российской Федерации от 12 апреля 1978 г. (ред. от 10.12.1992) // Свод законов РСФСР. Т.1. М., 1998. С. 13.

либеральной модели экономики Соединённых Штатов, где государство минимально влияет на экономические отношения и безоговорочный приоритет отдаётся рыночному регулированию. Современная экономическая наука рассматривает увеличение государственного регулирования экономики как объективную потребность. На наш взгляд, в России на конституционном уровне следует закрепить и обосновать экономическую функцию государства, а также раскрыть её содержание (например, включить норму о государственном планировании экономики). Плановая экономика оказывается более готовой к вызовам нашего времени (например, таким как экономические кризисы) за счёт применения прогнозирования. В последние годы в России планирование стало шире применяться в бюджетной сфере, принимаются различные федеральные программы, стратегии развития (например, сейчас под руководством Правительства РФ разрабатывается новая Стратегия развития Российской Федерации на период до 2020 года)¹.

Ни одна из существующих конституций не является идеальной, в том числе и российская. В ходе практического применения, трансформации и изменения общественных отношений появляется необходимость в её реформировании. Некоторые учёные склоняются к тому, что существуют объективные предпосылки для конституционной реформы. К тому же в действующую конституцию уже вносились поправки, и представляется, что этот процесс должен быть продолжен.

Безусловно, действующая российская Конституция регулирует экономические отношения неполно. Фактически вопросы экономики рассматривают ст. 8-9, устанавливающие экономические основы конституционно строя; ст. 34-37, 57, регламентирующие права и обязанности человека и гражданина в хозяйственной сфере, а также ст. 74-75, раскрывающие принцип единства экономического пространства и регулирующие денежно-кредитные и финансовые отношения.

Представляется целесообразным выделение специальной главы в структуре Конституции, посвящённой вопросам экономики. Например, в Основном законе РСФСР имелась глава 2 под названием «Экономическая система».² Также подобные части содержат Конституции Италии, Швейцарии, Испании и Бразилии.³

Помимо реформирования конституционного института собственности, а именно, закрепления социальной функции собственности, исчерпывающего перечня её форм, установления государственной собственности на недра, в специализированную главу должны быть включены нормы, касающиеся государственного регулирования

¹ См.: Кукол Е. Далеко гляжу // Российская газета. 2011. 17 марта. С. 3.

² См.: Конституция Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 12 апреля 1978 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

³ См.: Конституции зарубежных стран / сост. В.Н. Дубровин. М., 2008. С. 73 – 75; С. 109 – 112; С. 225 – 227; 357 – 360.

экономики и планирования, модернизации хозяйственной сферы и защиты окружающей среды, сельского хозяйства, приватизации и национализации, защиты прав потребителя, политики в отношении высококвалифицированных кадров, нормы о банковской деятельности и страховании, а также о денежной политике.

Современные проблемы административной науки и практики

ОРГАНИЗАЦИЯ УПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ В РОССИИ И ГЕРМАНИИ

Габов Александр Алексеевич,
студент 5 курса Юридического института СФУ
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Мицкевич Людмила Абрамовна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,
административного и муниципального права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Целью настоящей работы является краткий обзор законодательства, регулирующего образовательную сферу в России и Германии, а также освещение системы органов, осуществляющих государственное управление образованием, их функций и полномочий.

Сравнительный анализ данных положений проводится на основе системы федеральных органов России и Германии, а также субъектов федерации: Красноярского края и федеральной земли Бавария.

В РФ федеральное законодательство представлено прежде всего Конституцией РФ¹, Федеральными законами «Об образовании»², «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»³, Положением о министерстве образования и науки РФ⁴, Указом Президента РФ «Вопросы министерства образования и науки РФ»⁵, другими нормативно-правовыми актами. На региональном уровне в Красноярском крае действуют закон Красноярского края «Об образовании»⁶, Положение о министерстве образования и науки Красноярского края⁷, а также другие нормативно-правовые акты.

Статья 43 Конституции РФ в ч. 1 содержит право каждого человека на образование, в ч. 2 гарантируется общедоступность и бесплатность дошкольного, основного общего и среднего профессионального

¹ Собрание законодательства РФ. 2009. № 4. Ст. 445.

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1797.

³ Собрание законодательства РФ. 1996. № 35. Ст. 4135.

⁴ Собрание законодательства РФ. 2010. № 21. Ст. 2603.

⁵ Собрание законодательства РФ. 2010. № 10. Ст. 1057.

⁶ Ведомости высших органов государственной власти Красноярского края. 2004. № 36. 28 декабря.

⁷ Ведомости высших органов государственной власти Красноярского края. 2008. № 42 (263). 01 сентября.

образования, а на конкурсной основе - и право на получение бесплатного высшего образования.

Глава III Закона «Об образовании» (далее - Закона) посвящена управлению системой образования. Так, статья 28 Закона говорит о полномочиях федеральных органов государственной власти РФ, среди которых важнейшими, на наш взгляд, являются: разработка и реализация государственной политики в области образования; принятие федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ в области образования; обеспечение государственных гарантий прав граждан в области образования; разработка и реализация федеральных целевых и международных программ в области образования; установление перечней профессий и специальностей, по которым ведется профессиональная подготовка и профессиональное образование; создание, реорганизация и ликвидация федеральных государственных образовательных учреждений; установление порядка приема в имеющие государственную аккредитацию образовательные учреждения; государственный надзор за соблюдением законодательства Российской Федерации в области образования, образовательными учреждениями и научными организациями; государственный контроль качества образования в образовательных учреждениях и научных организациях. Последние два полномочия переданы РФ органам государственной власти субъектов РФ согласно статье 28.1 Закона.

Полномочия органов государственной власти субъектов РФ перечислены в статье 29 Закона, в т.ч.: разработка и реализация региональных программ развития образования с учетом национальных и региональных социально-экономических, экологических, культурных, демографических и других особенностей; обеспечение государственных гарантий прав граждан на получение общедоступного и бесплатного дошкольного, начального общего, основного общего, среднего (полного) общего образования, а также дополнительного образования в общеобразовательных учреждениях; организация предоставления начального, среднего и дополнительного профессионального образования. Эти и другие полномочия перечислены в статье 8 Закона Красноярского края «Об образовании».

Органы местного самоуправления согласно статье 31 Закона имеют некоторые полномочия: организация предоставления общедоступного и бесплатного начального общего, основного общего, среднего (полного) общего образования по основным общеобразовательным программам; организация предоставления дополнительного образования детям и общедоступного бесплатного дошкольного образования; учет детей, подлежащих обязательному обучению в образовательных учреждениях, реализующих образовательные программы начального общего, основного общего и среднего (полного) общего образования.

В РФ к системе федеральных органов, осуществляющих государственное управление в сфере образования, относятся: Министерство образования и науки РФ, находящиеся в его ведении Федеральная служба по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам и Федеральная служба по надзору в сфере образования и науки (Указом Президента РФ от 04.03.2010 № 271 были упразднены Федеральные агентства по образованию и по науке и инновациям).

В Красноярском крае государственное управление в сфере образования осуществляют Министерство образования и науки Красноярского края и находящаяся в его ведении Служба по контролю в области образования Красноярского края.

Полномочия органов государственной власти также закреплены в подзаконных актах. Так, для федеральных органов – это пункт 5 Положения о Министерстве образования и науки РФ, для органов государственной власти Красноярского края – это пункты 2 и 3 Положения о Министерстве образования и науки Красноярского края, где отдельно закреплены задачи и компетенция Министерства.

Министерство образования и науки РФ – федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования, научной, научно-технической деятельности и инновационной деятельности в научно-технической сфере, интеллектуальной собственности. В связи с упразднением Федерального агентства по образованию указанному Министерству перешли функции по оказанию государственных услуг и управлению государственным имуществом в сфере образования, воспитания, научной, научно-технической и инновационной деятельности. Министерство образования и науки Российской Федерации осуществляет координацию и контроль деятельности находящихся в его ведении служб.

Министерство образования и науки Красноярского края – орган исполнительной власти Красноярского края, который осуществляет нормативное правовое регулирование и разработку проектов нормативно-правовых актов в областях дошкольного, начального общего, основного общего, среднего (полного) общего образования, начального и среднего профессионального образования, науки; координацию и контроль деятельности находящегося в его ведении органа исполнительной власти края.

В Германии основным органом Федерации в сфере образования является *Федеральное министерство по образованию и исследованиям* (далее - ВМБФ). В значительной степени ВМБФ – орган, отвечающий за формирование законодательной базы во многих сферах образования. Сюда входит прежде всего сфера послешкольного профессионального образования, повышения квалификации и **поддержки** развития системы

образования. Кроме того, ВМВФ содействует финансовыми средствами исследованиям во всех отраслях науки. Наряду с этим ВМВФ поддерживаются научные молодые кадры, также международные образовательные обмены и обмены по дальнейшему обучению и повышению квалификации и науке. Согласно Основному закону ФРГ (далее - ОЗ) образование относится к предметам ведения субъектов федерации – федеральных земель (ст. 70 ОЗ). На официальной странице ВМВФ говорится, что в задачи министерства входят различные вопросы: от поддержки начального образования до профессионального второго образования. Школьное образование так же, как и высшее образование, относится к предметам ведения федеральных земель.

В ФРГ на федеральном уровне действуют законы: Основной Закон ФРГ, Закон об общих принципах организации высшей школы (Hochschulrahmengesetz)¹, закон об оплате жалования профессорам (Professorenbesoldungsgesetz)², закон о содействии обучению (Bundesausbildungsförderungsgesetz)³, закон о профессиональном обучении (Berufsbildungsgesetz)⁴.

Основной Закон ФРГ не содержит четкого закрепления права на образование. Оно содержится в большинстве земельных конституций (например, ст. 128 Конституции Баварии, ст. 127 Конституции Бремена, ст. 29 Конституции Бранденбурга). Степень обязательности этих земельных положений оценивается скорее как очень малая. В основном, они все имеют программный характер и в этом смысле должны создаваться соответствующим земельным законодателем земельные законы об образовании.⁵

В сфере школьного образования законодательной и административной компетенцией наделены федеральные земли (ст. 70 ОЗ). Одновременно в ст. 7 ОЗ (надзор за школами) предусмотрены положения, сдерживающие земельного законодателя. Надзор означает «полномочие централизованного упорядочивания и организации образования с целью гарантировать доступ к системе образования всех детей согласно их способностям в современной общественной жизни».⁶ Согласно ст. 142 ОЗ конституции земель имеют приоритет в отношении школьного права, если это не противоречит Основному Закону ФРГ. Далее ст. 91b ОЗ определено, что федерация и земли могут совместно работать при планировании развития системы образования и стимулировании научных исследований

¹ Bundesgesetzblatt. 1999I. 19 Januar. S. 18.

² Bundesgesetzblatt Jahrgang ,2002 Teil I Nr. 11, ausgegeben zu Bonn am 22. Februar 2002.

³ <http://bmbf.de/pubRD/bundesausbildungsforderungsgesetz.pdf>

⁴ Bundesgesetzblatt Jahrgang, 2005 Teil I, S. 931.

⁵ Luthе, Ernst-Wilhelm / Bildungsrecht Leitфaden für Ausbildung, Administration und Management Berlin: Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 2003. S. 11-12.

⁶ Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen 26. Band, Tübingen, J.C.B. Mohr. (Beschluss vom 24. Juni 1969) 1970. S. 238.

межрегионального значения. Для этого функционирует *Федерально-земельная комиссия по планированию развития системы образования и поддержки исследований*. Кроме этого органа действует *Конференция министров по делам культов* (Kultusministerkonferenz) – объединение министров по делам образования и воспитания, науки и исследований.¹

Вопросы образования и культуры в ОЗ ФРГ относятся к полномочиям земель (т.н. исключительная компетенция в сфере культуры). Конференция министров по делам культов занимается «делами образовательной политики, делами высшей школы, исследованиями, также культурной политикой межрегионального значения в целях формирования единого мнения и единой воли, представления общих стремлений».² Земли берут на себя ответственность обеспечивать в необходимой мере общность образования, науки и культуры. Таким образом, задачи Конференции следующие: согласование или сопоставимость свидетельств и дипломов; обеспечение гарантированных качественных стандартов в областях школьного, профессионального и высшего образования; поддержка сотрудничества между учреждениями образования, науки и культуры. Конференция – это инструмент партнерской работы федерации и земель в сферах иностранной культурной политики, международной и европейской совместной работы в образовании, науке и культуре.³

Так, на примере профессионального образования: регулирование образования на предприятиях – это дело федерации, а профессиональное образование в школах – вопрос ведения земель. Необходимое согласование в этой сфере следует из взаимодействия федерации и Конференции министров по делам культов.⁴

В федеральной земле Бавария вопросами образования занимаются два министерства: *Министерство по науке, исследованиям и искусству и Министерство по обучению и культам*.

Министерству по науке, исследованиям и искусству подведомственны все баварские высшие учебные заведения, учреждения искусства и культуры, а также исследовательские организации Баварии.

Законодательной базой для министерства по науке, исследованиям и искусству являются следующие нормативные акты: Баварский закон о высших учебных заведениях (Bayerisches Hochschulgesetz)⁵, Закон о приеме в высшие учебные заведения Баварии (Hochschulzulassungsgesetz)⁶, Постановление о лекционном времени в баварских университетах (Verordnung über die Vorlesungszeit an den Universitäten)⁷, Постановление о

¹ Ibid. S. 42.

² <http://www.kmk.org/fileadmin/pdf/gogr.pdf>

³ <http://www.kmk.org/wir-ueber-uns/aufgaben-der-kmk.html>

⁴ Там же.

⁵ Gesetz- und Verordnungsblatt (GVBl), 2006, S. 245.

⁶ GVBl, 2007, S. 320.

⁷ GVBl, 2000, S. 155.

взимании взносов для обучающихся, повышающих квалификацию в специальных программах по дальнейшему обучению, и иностранных студентов в государственных ВУЗах (Verordnung über die Erhebung von Gebühren für die Teilnahme von Studierenden an speziellen Angeboten des weiterbildenden Studiums und für das Studium von Gaststudierenden an den staatlichen Hochschulen)¹, Постановление о признании иностранных степеней (Verordnung über die Führung ausländischer Grade)².

Кроме того, это министерство ответственно за сферу искусства и культуры. Действуют следующие акты в этой сфере: Закон о защите и уходе за памятниками (Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler)³, Баварский закон об архивах (Bayerisches Archivgesetz)⁴, Баварский закон о фондах и постановление об исполнении данного закона (Bayerisches Stiftungsgesetz⁵ und Verordnung zur Ausführung des Bayerischen Stiftungsgesetzes⁶).

Баварское министерство по обучению и культурам также имеет полномочия в вопросах образования, оно руководствуется в своей работе следующими нормативно-правовыми актами: Баварским законом о воспитании и обучении (Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen)⁷, Баварским законом о школьном финансировании (Bayerisches Schulfinanzierungsgesetz)⁸, Баварским законом о защите молодежи (Jugendschutzgesetz)⁹, Баварским законом о поддержке образования (Bayerisches Ausbildungsförderungsgesetz)¹⁰, положением о проведении экзаменов (Prüfungsordnungen).¹¹

В абз. 1 статьи 128 Конституции Баварии закреплено право каждого гражданина Баварии на получение им согласно своим способностям и призваниям соответствующего образования.¹² В статье 130 баварской Конституции указано положение о государственном школьном надзоре: школьное и народное образование находятся под надзором государства (Баварии), коммуны могут быть задействованы государством при осуществлении надзора в сфере образования.

В Баварии школьное (среднее) образование находится в компетенции баварского министерства по обучению и культурам. Статья 111 Баварского

¹ GVB., 2007. S. 399.

² GVBl. 1989. S. 127.

³ BayRS IV. S. 354. <http://www.verwaltung.bayern.de>

⁴ GVBl. 1989. S. 710.

⁵ GVB. 2008. S. 834.

⁶ GVBl. 2002., S. 23.

⁷ GVBl 2000. S. 414.

⁸ GVBl 2000. S. 455.

⁹ <http://www.gesetze-im-internet.de/juschg/index.html>.

¹⁰ http://www.verwaltung.bayern.de/Titelsuche-.116.htm?purl=http%3A/by.juris.de/by/AfoeG_BY_rahmen.htm

¹¹ <http://www.km.bayern.de>.

¹² Ziegler/ Tremel Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern (Textsammlung) Verlag C.H.Beck München. 2010. Nr. 850.

закона по делам воспитания и обучения регулирует надзор за школьным образованием, к которому относятся: планирование и регулирование обучения; обеспечение качества воспитания и обучения; стимулирование и консультирование школ по некоторым вопросам; надзор над внутренними и внешними школьными отношениями, также над руководством школ и педагогическим персоналом.¹

У уполномоченного министерства (экономики, сельского хозяйства, юстиции, по работе и социальному порядку) в сфере профессионального образования согласно ст. 2 Постановления по исполнению Закона о профессиональном образовании есть следующие задачи: утверждение порядков проведения экзаменов; утверждение установленных компенсаций; назначение членов и представляющих членов в комиссиях по профессиональному образованию и в подкомиссиях; назначение преподавателей в профессиональных школах как членов и как представителей в комиссиях по профессиональному образованию.²

О надзоре говорится в статье 74 Баварского закона о высших учебных заведениях (далее - BayHSchG), а именно в абзаце 1 указано, что ВУЗы осуществляют свои полномочия (как полномочия корпораций – см. ст. 12 абз. 2 BayHSchG³) под правовым надзором (проверка правомерности действий) государственного министерства.⁴ Пока ВУЗы выполняют государственные дела (см. ст. 12 абз. 3 BayHSchG⁵), они подлежат специальному надзору со стороны министерства (проверка целесообразности действий).

Исходя из сравнения законодательства и полномочий органов, осуществляющих управление в сфере образования, можно прийти к выводу, что высшее образование в Германии отнесено к компетенции субъектов федерации, в России же, наоборот, к компетенции федерации. ВМВФ занимается финансированием развития системы образования, профессионального образования. Российское Министерство образования и науки имеет многочисленные полномочия не только в отношении высшего

¹ Ziegler/ Tremel Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern (Textsammlung) Verlag C.H.Beck München. 2010. Nr. 670.

² Ziegler/ Tremel Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern (Textsammlung) Verlag C.H.Beck München. 2010. Nr. 87.

³ Абз. 2 ст. 12 BayHSchG: дела корпораций – это все дела высших учебных заведений, если не предусмотрено другое.

⁴ Ziegler/ Tremel Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern (Textsammlung) Verlag C.H.Beck München. 2010. Nr. 347.

⁵ Абз. 3 ст. 12 BayHSchG: государственные дела – это управление кадрами, если не предусмотрено другое; бюджетные и экономические дела; структура ВУЗа, включая структуру учебных программ, утверждение, организацию и работу технических организаций, экономических и др. организаций; библиотечная кооперация и кооперация вычислительных центров ВУЗов; распределение учебной нагрузки, регулирование доступа в ВУЗы, зачисление и отчисление, установление учебной нагрузки, установление числа поступающих в ВУЗы и числа учебных мест; участие или проведение государственных экзаменов; отмену платы за обучение, административных взносов и иных затрат; другие определенные на основе и посредством закона дела.

образования, но и в отношении интеллектуальной собственности, патентов и товарных знаков.

Министерство образования и науки Красноярского края занимается дошкольным, средним, профессиональным и высшим образованием, в Баварии за школьное образование ответственно министерство по обучению и культурам, тогда как за развитие высшего образования и культуры, проведение научных исследований отвечает министерство по науке, исследованиям и искусству.

Особенностью регулирования образования в Германии является то, что федеральные земли обладают большим объемом полномочий, чем федерация. Земли решают вопросы, касающиеся образовательной сферы, с учетом экономических, социально-культурных, инфраструктурных возможностей. В каждой земле существуют свои особенности в сфере образования, такие как: размер оплаты за обучение в университете, время обучения в школах, обязательные и факультативные предметы для изучения в школе, каникулярное время.

Интересным является то, что в университетах студенты могут самостоятельно выбирать себе учебный план с учетом изучения нескольких обязательных предметов в семестре, также формировать свое время занятий и выбирать преподавателей, ведущих те или иные учебные курсы.

БЛАГОПРИЯТСТВУЮЩИЕ И ОБРЕМЕНЯЮЩИЕ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ АКТЫ

Магодеева Дарья Олеговна,
студентка 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Мицкевич Людмила Абрамовна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,
административного и муниципального права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В любой современной стране между государством и обществом существует взаимодействие, качество и уровень которого определяются эффективностью политики в сфере управления. Считается, что государственное управление успешно, если оно обеспечивает гражданам комфортные условия существования в соответствии с обещаниями, сделавшими это управление легитимным. Такое управление считается эффективным. Ярким примером проявления эффективности

государственного управления являются страны Западной Европы (Германии, Франция, Швеция). Особое внимание в своей работе я хотела бы уделить опыту государственного управления в Германии. В Германии существует широкий спектр социальных законов, которые охватывают обеспечение по болезни, старости и в связи с несчастным случаем вплоть до пособия на детей, на частичную оплату жилья или по безработице. Тем самым можно сказать, что система предоставления публичных услуг в Германии сложилась за многие годы.

Основной правовой формой деятельности органов государственного управления является административно-правовой акт. Согласно §35 Административно-процессуального кодекса ФРГ (VwVfG) под административно-правовым актом понимают «каждое постановление, решение или иную высшую меру, которая относится к регулированию государственными органами отдельных случаев в сфере публичного права и направлена на внешнее непосредственное правовое воздействие».¹

Другими словами, административно-правовой акт – это юридический акт, принимаемый органом государственного управления по какому-либо конкретному случаю. В отличие от нормативного акта управления административно-правовой акт не создаёт правовых норм, но непосредственно порождает, прекращает или изменяет то или иное правоотношение, как правило, административно-правовое.²

В немецкой административно-правовой теории существуют различные критерии классификации административных актов. Для данной работы особый интерес представляет классификация административно-правовых актов по воздействию на граждан, на основе которой все акты делятся на обременяющие (отягчающие) и благоприятствующие.³ Для того чтобы объяснить важность такого деления, необходимо обратиться к истокам государственного управления. Под «управлением» понимается та государственная деятельность, которая не является законодательной и судебной властью, а является исполнительной властью, без осуществления при этом специфической деятельности государственных органов, связанной с решением государственных задач.⁴ Особенность государственного управления в Германии в зависимости от способов государственно-управленческого воздействия на граждан заключается в её двойственной природе. С одной стороны, государственное управление оказывает государственно-властное воздействие (вмешательство-*Eingriffsverwaltung*), при котором управление выступает как повелевающее, обязывающее, обременяющее; исполнение этих повелений

¹ Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist» (VwVfG § 35). Nomosgesetze S. 370.

² Административное право: учебник / под ред. Л.Л. Попова. М.: Юристъ, 2002. С. 252-261.

³ Мицкевич Л. А. Основы административного права Германии. Красноярск, 2002. С. 76.

⁴ Vorlesungsbegleitendes Skript, Prof. Dr. Urs Kramer. Passau. 2011. S. 3.

в случае необходимости обеспечивается с помощью принуждения. Примером государственного-властного управления является начисление налогов, запрещение предпринимательской деятельности, конфискация и т.д. С другой стороны, государственное управление предоставляет гражданам права на различные блага и услуги, их правовое и фактическое социальное положение улучшается (так называемое позитивное управление - *Leistungsverwaltung*), реализуются имеющиеся права или предоставляются новые. Ярким примером позитивного управления являются различные субвенции, поддержка социального обеспечения, предоставление помощи муниципальным учреждениям, пособия по безработице и т.д.¹

Появление государственного управления по предоставлению государственных услуг показывает, что государство перестаёт быть только аппаратом принуждения и давления над человеком. В немецком административном праве каждому виду государственного управления соответствует определенный административный акт. Негативное государственное управление реализуется путем издания обременяющего административного акта, а позитивное государственное управление – путем принятия благоприятствующего административного акта.² Деление актов на обременяющие и благоприятствующие имеет не только теоретическое, но и существенное практическое значение, поскольку для каждого вида акта предусмотрены различные условия вступления их в законную силу, отмены и признания недействительными. Так, например, обременяющий (правомерный или противоречащий праву) административно-правовой акт легче отменить, чем правомерный либо противоречащий праву благоприятствующий акт. Это зависит от того, имеет ли этот акт денежную или вещную форму исполнения. Законодатель исходит из того, что сторона, получившая выгоду, предполагала постоянность, неизменность, законность административного акта, т. е. относилась с доверием к этому акту. В немецком праве эта ситуация называется «защита доверия» («*Vertrauensschutz*»). Этот принцип, конечно, не относится к тем случаям, когда административный акт был принят на основе подложных документов, под угрозой, давлением, подкупом или на основе фальшивых данных или «грубой неосторожности».³

Появление категории «публичные услуги» в законодательстве РФ и отечественной управленческой практике свидетельствует о том, что концепция позитивного и негативного государственного управления воспринята, и в России, следовательно, должна быть разработана конструкция «благоприятствующих» и «обременяющих» актов.

¹ Васильева А. Ф. Зарубежный опыт правового регулирования публичных услуг // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 11-12.

² Васильева А. Ф. Зарубежный опыт правового регулирования публичных услуг // Журнал российского права. 2007. № 12. С. 8.

³ Мицкевич Л. А. Основы административного права Германии. Красноярск, 2002. С. 90.

Компаративистика

DIFFERENT EXTENTS OF LEGAL CAPACITY OF CORPORATIONS IN ENGLAND, THE USA AND THE RUSSIAN FEDERATION

Korolyeva Olga Evgenievna,
the student of the Siberian Federal University
of the Law Institute, the second course

The scientific adviser:
Tereshkova Valentina Vladimirovna,
the associated professor of international law department
of the Siberian Federal University
of the Law Institute.

Corporation concepts and their features. There is no an unambiguous concept of the term “corporation” in the world legal literature, provided from the one hand by the absence of a certain criterion, which could help distinguish companies from other organizations, from the other hand – by different ways of historic development. Those were the basic reasons for the occurrence of several characteristics of division bodies into corporations and non-corporations.

Kirillovich states that the concept of corporations can be connected neither with “the form of the legal entity, nor with the right to publish corporate acts. It is closely allied with the type of right (public or private) regulating the legal entity industry”. At the same time the availability of corporate relations in the organization can perform as one of the criteria of separating corporations from legal bodies¹.

We encountered another approach to the issue which bases on relations between the problem raised and its solution. So the question could be “whether the term “corporation” differs from “legal entity” or not”². We suppose that such vision of the matter is more appropriate as it is the basic topic of the debates among researchers.

We start our project by the process of studying the anglo-saxon legal system due to the fact that the notion of “a corporation” we use these days has appeared in England earlier than in the USA and Russia.

The term “corporation” could be considered as a synonym to the term “legal entity” in this very system³. One of the most widespread doctrines in England is a separate personality doctrine. “The major precedent of the kind was the court’s decision on “Salamonov. A. Salomonad Co. Ltd” case in 1987. The court stated three main features of corporate bodies: firstly, they do have a

¹ Kirillovich A.A. Corporate law: lectures. M.: Justicinform, 2009. P. 48.

² Kibenko E.R. Corporate law: tutorial. Kharkov: Espada, 1999. P. 7.

³ For more details refer to: Kibenko,E.R. Corporate law: tutorial. Kharkov: Espada, 1999. P. 7.

limited liability; secondly, there is a centralized direction; thirdly, a permanent companies activity is implied”¹. In common law system “a contemporary corporation is a business company with the status of an independent body or an artificial entity distinguished from its owners by the law”². It is worth saying that there is no a certain legal definition of the term “corporation” in England but it still has features mentioned above.

It would be wise to proceed by the USA as corporations appeared there earlier than in Russia. Moreover, Sirodоеva O.N. states that “nowadays the USA play a role of a trendsetter in the sphere of business law” that is explicable by the fact that in the USA “pure capitalistic relations are presented to a high extend”³. And as a result America influenced not only anglo-saxon system but also continental ones.

However there is no a universe concept of the term “corporations”. The Supreme Court of the USA in “The Trustees of Dartmouth College v. Woodward” case qualified the issue stating that “A corporation is an artificial entity which is invisible, impalpable and that exists only in laws”⁴. Thus, we deal with the legal fiction theory widely implemented by American legislators.

There is also “a natural body” theory. “Several lawyers suppose that a corporation is formed as a result of a natural process becoming “a natural body” starting living independently and on that ground should not have its rights infringed. Judicial practice proceeds from considering companies as citizens of the state it was registered in as well as extended privileges and immunities for citizens to them”⁵. This very theory can be interpreted in a different way within the frameworks of “a body of persons theory”.

Kibenko writes that not all legal entities have the status of corporations but “only commercial ones, sharers of which are liable on obligations”⁶.

American legal researchers do note the following features of private companies: sharers’ limited liability for debts, free transmission of shares among the sharers of a company, centralised direction, an independent from the membership existence of a company (“perpetual existence”)⁷.

A special approach to the issue is in Russian law despite its appurtenance to continental legal systems. According to the “export of law theory” Russia has adopted a great number of legal categories from foreign law. But at the same time it amended the matters and added new points, thus creating a new legal system. That is the reason for a particular interest to the Russian legislation on corporate law.

¹ Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 3.

² Kirillovich A. A. Corporate law: lectures. M.: Justicinform, 2009. P. 48.

³ Sirodоеva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 6.

⁴ Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 2.

⁵ Sirodоеva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 23.

⁶ Kibenko E. R. Corporate law: tutorial. Kharkov: Espada, 1999. P. 10.

⁷ Sirodоеva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 29.

We are to outline that the term “corporations” is not used in Russian law¹. There is an opinion that all commercial organizations, based on membership could be named corporations. Others are sure that these are only partnerships and economic companies. While the other group considers only stock-companies as corporations. The fourth group of legal researchers when using the term “corporations” contemplates economy entities formed by several legal entities². The most widespread point of view is that every legal entity can be regarded as a corporation.

A Soviet dictionary provides the interpretation of the term “corporation”: “a corporation is 1) a community, a union, a company; 2) a body of persons, associated to achieve a particular goal; is a legal entity”³.

There are several features related to corporations in Russia: it is “an organization, based on membership, sharers of which have particular rights towards its property”⁴, it is a union of persons, it has pecuniary isolation, the target of it is realization of socially useful industry.

“Thus, a corporation is an organization, which has a status of a legal entity, the property of which is separated from the direction and based on joint capital for realization of socially useful activity”⁵.

Taking everything into consideration, we would outline that it is impossible to determine the most accurate approach to the corporation concepts. As every approach has its own peculiarities and plays a significant role in developing legal systems.

The forms of corporations are diverse. As a rule, they are different in several states which is obvious as different states have their own concepts of corporations.

To start with we examine the forms of companies in common law systems. The example of such country would be England.

According to the Chapter 1 Article 1 of the Companies Act 1985 a company may be founded in several forms: *an incorporated company, with or without limited liability* (“*a company limited by shares*”, “*a company limited by guarantee*”, “*an unlimited company*”), “*public company*” and a “*private company*”⁶.

In recent years in European countries new forms of business organizations have appeared. These are European companies. “Its purpose is to allow companies to accomplish their activity within the territory of the European Union in compliance with similar rules, uniform direction and the same

¹ Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 1.

² Kirillovih A. A. Corporate law: lectures. M.: Justicinform, 2009. P. 48.

³ Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 1.

⁴ Kirillovih A. A. Corporate law: lectures. M.: Justicinform, 2009. P. 49.

⁵ Kirillovih A. A. Corporate law: lectures. M.: Justicinform, 2009. P. 50.

⁶ Britlaw [e-source] Company act, England: 1985. - chapter 1 art.1. - access: http://britlaw.free.fr/company/companies_act_1985.http. - Title from the screen.

accountability system”¹. For instance, one of the European companies is Mont Bleu LLC (a leading company on producing cosmetic accessories decorated with Svarovskih crystals). However, there is difficulty establishing such corporations as, for example, the legislator prohibits transboundary junctions and adjunctions in the Netherlands, Sweden, Ireland, Greece, Germany, Finland, Denmark, Austria and Belgium².

There are similar forms of corporations in the USA³. Virtually there are public, quasi-public, profit-making and non-profit corporations. What is more profit-making and non-profit companies are usually united in one form – private corporations⁴.

According to the Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) “(18A) “Public corporation” means a corporation that has shares listed on a national securities exchange or regularly traded in a market maintained by one or more members of a national securities association”.

Quasi-public are “those corporations that serve for the social needs” (railway corporations, water supply corporations, etc.).

Business corporations are mainly those trying to get profit. While non-profit ones are aimed at placing social orders without getting profit⁵.

There is also another classification such as closed and opened forms. Opened ones remind us stock-companies of the states with continental legal systems, closed ones– companies limited⁶. Nevertheless, we should not mix closed corporations and companies limited as corporations could exist for an infinitely long period of time while companies limited have some restrictions in this sphere (they do no longer exist after achieving their goals)⁷.

Furthermore, there are de jure and de facto corporations in the USA. “New York’s highest court, The Court of Appeals, held last month that the doctrine of de facto corporations applies to LLCs”. In the Hausman case it was mentioned that ““De facto corporations” is an equitable doctrine that can be applicable when founders have attempted to form a corporation but failed to fully comply with the statutory requirements”. But this doctrine is suitable for LLCs only in some states as many of the other states have adopted the variations of the MBCA, which is intended to abolish the doctrine of the kind. It is supposed that the states abolished the doctrine would never apply it to LLCs.

¹ Lawfirm.ru [e-source] Jusov D. Societas Europea – the new business form . 2004. access: <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=109>. Title from the screen.

² Lawfirm.ru [e-source] Jusov D. Societas Europea the new business form v. 2004. access: <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=109>. Title from the screen.

³ Sirodoeva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 17.

⁴ Kashanina T. V. Corporate law: tutorial. M.: Norma-Infra-M, 1999. P. 130.

⁵ Britlaw [e-source] Revised Model Business Corporation Act: 1984. 18A. access: http://books.google.com/books?id=rfSuHc2aSc0C&pg=PR11&lpg=PR11&dq=Model+Business+Corporations+Act+history&source=bl&ots=cPuyJf8okE&sig=F3AZ2ZFT4tBCfHFPIrf45bTdQ1M&hl=en&ei=9yN7SrJhgc4137et3QI&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=3#v=onepage&q=Model%20Business%20Corporations%20Act%20history&f=false. Title from the screen.

⁶ Sirodoeva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 17.

⁷ Sirodoeva O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 18.

The example of not using the “de facto doctrine” could be the *Equipto Div. Aurora Equip. Co. v. Yarmouth* case¹.

As for Russian law, the forms of corporations correspond the ones of legal entities. Consequently, we may presuppose that there are public and private (on the method of formation and a character of activity), commercial and non-commercial (on the targets of activity) corporations².

There are corporate junctions such as associations, holding companies, financial-industrial union which do remind European companies for their functions but act within the boundaries of one state.

So we have ascertained that there is no a unanimous criterion for classifications. Therefore, each one may have a right for existence.

The legal regulation of the companies industry is executed by the means of passing legislative enactments, in some countries – by formed custom as well as precedents. Such variety of approaches is connected with diverse approaches to the industry and legal status of corporations.

In anglo-saxon legal system the regulation is started by passing Companies Act 1985, and is also related to precedents. But mainly there are rules passed within the company to regulate its activity.

In the USA the foundation of the legislation on corporate law is Model Business Corporation Act 1969, enacted by the American Bar Association. Nowadays the new edition is in legal force – Revised Model Business Corporation Act 1984. There are also corporate codes, common precedents on corporate law, laws on equity, laws on sales and transmissions of equity, antimonopoly law, tax law, the rules of stock market, the rules of making an accounting report. All that may be treated as the sources of American corporate law³.

One of the peculiar features of American legislation is its liberalism which is expressed by the occurrence of many optional standards. In other words, American legislation does not regulate conduct of corporations directly but allows companies to form their own inward rules.

Nowadays, the USA influent legislation on corporate law in lots of countries, including England and Russia. This tendency cannot be visible at first sight as every state has its traditions which result in transformation of the adopted rules, saving the initial legal system of a state.

In Russia this issue is a bit different. Essentially, by corporate regulation or legislation we mean legal entities regulation or legislation.

The sources of corporate law in Russia are first of all statutory acts, comprising norms of private and public law. For example, the Constitution of the Russian Federation (article 8) and Russian Civil code are to be the basic

¹ Lawfirm.ru [e-source] Batey, D. A First -- New York Applies De Facto Corporation Doctrine to LLCs. 2010. access: <http://www.llclawmonitor.com/tags/model-business-corporation-act/>. Title from the screen.

² Kibenko E. R. Corporate law: tutorial. Kharkov: Espada, 1999. P. 8.

³ Sirodov O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 20.

sources of corporate law. So do the other Federal statutes, President's edicts and government's regulation, standard acts of federal bodies of the executive power, local corporate acts¹. "In compliance with Kashanina's opinion, the source of corporate law is a hands-on experience in the sphere of business law". The Corporate Conduct code plays a crucial role in regulating companies' relations².

Implementing corporate code norms is not obligatory but is recommended due to its moral value and principles of the best practice. The main principles of the Corporate Conduct code should be incorporated in local companies' acts. In addition, every company is entitled to have its own corporate code the norms of which should comply with The Corporate conduct code.

One of the most influential sources is judicial practice (first of all of the arbitration tribunals) as it encourages the development of corporate law.

These days there is a highly debated issue on the matter of necessity of special transnational sources of business regulation of international companies. Some legal researchers affirm that such corporations cannot be recognizes as subjects to International law, others – disagree with such point of view. "British professor B. Cheng suggests forming special legal norms comprising contracts that are not of national law but of the International one". Nonetheless, it is very complicated to withdraw companies regulation from the national system. J. Zamgba Browne, Amsterdam News Staff, writes that "A member of the Congressional Black Caucus (CBC) from Georgia has introduced a bill to establish strict guidelines for corporations who do business abroad". Cynthia McKinney stated the Code was based on internationally-recognised standards³.

Ultimately, it is necessary to mention that optimal corporate regulation contemplates availability of a balance between legislative regulation and self-regulation (local regulation). That is the mixture of the tough governmental regulation and its ability to provide companies with freedom to enact their own acts.

The content of the corporations legal capacity

The legal statuses of companies in several legal systems are different by reason of the absence of universe corporation concepts as well as united legislation.

There is special (specific) and general capacity in England as in other states. Special capacity appears in case of receiving a permission for some kinds of industry. General capacity emerges in all cases after the formation of a company⁴.

Today many companies have general capacity, but the application of special capacity may be possible, though, not so often.

¹ Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 11.

² Makarova O. A. Corporate law: tutorial. M.: Volters Kluver, 2005. P. 18.

³ Zamba Browne. Corporate Code of Conduct would help hold U.S. accountable to basic labor laws overseas // The New York Amsterdam News. 2000. P.5.

⁴ Kashanina T. V. Corporate law: tutorial. M.: Norma-Infra-M, 1999. P. 131-133.

Every company has its documents expressing its status. The corporate constitution may involve certain rules not mentioned in the law but corresponding with its principles.

As a general rule, corporates are entitled to: “1. Be defendants, file a lawsuit and defend themselves in a court; 2. have a corporation seal (amended at its discretion) and a facsimile of a seal; 3. publish and amend inward rules, inward enactments; 4. purchase, use goods and real estate or get profit of that; 5. sale, pass, pawn, demise, exchange the property, and order it in other ways; 6. make a subscription for shares and other values which are in the possession of other legal entities; 7. enter into contracts, be liable on something, receive money advance, issue bonds; 8. lend money, invest and reinvest, take property in pledge; 9. affiliate legal bodies as founders, members, partners or governors; 10. be entrepreneurs, exercise credentials; 11. elect directors, assign officials, determine their obligations, set salaries, provide a loan and a credit; 12. pay off the pension and found pension funds; 13. contribute to funds of social assistance or some other charitable, scientific, educationally-aimed finds; 14. exercise entrepreneurship not prohibited in law; 15. pay and contribute as well as do something else not prohibited in law and encouraging the development of corporations”¹.

“The ultra vires doctrine which provides invalidity of bargains made out of companies competence has lost its significance”².

The legal status of companies in the USA is almost the same but more detailed. Such status is expressed in the Revised Model Business Corporation Act in article 3.02³.

The legal capacity of corporations (legal entities) has always been special in Russia. It was a peculiarity in Soviet Union corporate law due to the necessity to balance industry⁴.

Nowadays it is not so, the legal capacity is general as in other states.

Article 49 of the Russian Civil code provides legal capacity for legal entities.

“Article 49. Legal capacity of an artificial body

1. Legal entity may have civil rights corresponding with the purpose of the company expressed in local documents, and may be liable on it.

Commercial organizations, except for unitary and other organizations provided in the law, may have civil rights necessary for exercising several kinds of activity not prohibited by the law.

Some kinds of activity need obtaining a permission.

¹ Kashanina T. V. Corporate law: tutorial. M.: Norma-Infra-M, 1999. P. 132-133.

² Kashanina T. V. Corporate law: tutorial. M.: Norma-Infra-M, 1999. P. 133.

³ Sirodova O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 31.

⁴ Sirodova O. N. Corporate law: comparative analysis. M.: Spark, 1996. P. 32.

2. A Legal entity may be restricted in rights only in cases and in the order provided by the law. The decision on restriction in rights may be disputed by a company in a court.

3. The legal capacity of a legal entity occurs from the moment of its foundation and ends in the moment of its liquidation”¹.

The legal entity’s right to exercise activity needing a permission emerges from the moment of its obtainment and ends in the moment of its expiration if another procedure is not provide by the law.

The legal capacity is reflected not only in the code but also in other statutes. The civil code gives us a general idea of the capacity.

Considering all the matters, every legal system has its peculiarities as well as some common features in development of legislation in this very sphere.

CORRUPTION IN KRASNOYARSK REGION

Maksjutina A.O.

Scientific supervisor:

Shestakov V. N., associate professor;

Yurdanova V.N.

The speed of corruption grows in our region. According to the center of anticorruption researches «Transparency International – R», an index of corruption level in the country was equal to 2.1, in 2010. Russia occupies 154 place of 178. The increase of bribes ten times was fixed.

Today, many efforts and much attention are given to bribery eradication (because corruption reduces efficiency of market economy), it destroys existing democratic institutes, undermines trust of people to the government, aggravates political and economic inequality. Corruption in Russia is so great that it threatens with full loss of control over state ability to function.

We had been carrying out the analysis of the information present by electronic sites of mass-media where people were informed that the actions directed on eradication of corruption have begun - this problem has been brought for discussion. Various strategies us are being developed that which are of great importance for situation improvement in the country. Thus, each of mass-media does accents on something, differently attracting our attention to their resource.

That is why we carried out our own research. Two regional electronic mass-media were chosen since they are the largest news agencies in our region. Selection of articles occurred with the help of search inquiry on keywords "corruption", "bribe". These

¹ Russian Civil code part 1 01.01.1995. № 52-FL // Rosseyskaya gazeta. 1994. № . art. 3301.

mass-media on the corruption facts in Krasnoyarsk region. Further individual monitoring was carried out from January till November 2010 for the analysis of articles and revealing of dynamics of messages.

After «Siberian News Agency» monitoring was carried out the following dynamics of messages on the cases connected with corruption were revealed. The total amount of publications for the investigated period on a corruption theme made figure 81, approaching by Krasnoyarsk region criterion -14. The peak was achieved in March – 4 publications; messages on corruption were not fixed for several months.

The published messages, on the theme chosen by us, have substantial enough character. The given information basically is stated by means of citing of high-ranking officials, also it is supported by video reporting, photos from places of events that increases trust and interest to articles in the edition. The occurring facts with certain names of persons, figures and dates are given to publicity.

The general assessment of all messages after the provided content-analysis was obtained (character of messages was revealed by key words) for positive were taken: corruption eradication; counteraction for corruption; creation of regulatory legal acts; anticorruption measures; weapon against corruption; excommunication from corruption. For the negative words were taken: bribe fact; condemned fo

8, neutral news were absent.

Articles in which it was told about meetings, meetings and discussions carried out in our region where the question on anticorruption measures along with the certain facts of bribes reception for documents forging in Nazarovo and Kansk were brought and were published; about carrying out of checks, marks of goods and about creation of an anticorruption Internet resource «ДалВзятку. Ру».

As a whole the Internet-mass-media "SNA" gives the information objectively, simply specifying in the facts.

After consideration of articles in electronic edition NEWSLAB it is possible to notice and tell that information granting goes through ascertaining of the facts with small comments which in certain cases passes in the necessary context for the edition.

The sum of all articles on the theme “corruption” was 75. The maximum was fixed in April – 12, the minimum in January – 3.

A considerable quantity of articles in April were proved by the following facts: the statement of the decree of the president of the Russian Federation on 13 April, 2010, № 460 about National strategy of counteraction of corruption; excitation criminal cases concerning tax specialists; imprisonment of the Abakan force officer for excessive application of powers; extortion of Representative Roszheldorsnaba in Krasnoyarsk; suspicion in swindle of

contractors repairing hydro units HEPS; condemnation of the commander of one of military units of Krasnoyarsk city in swindle; attraction of Krasnoyarsk students to a criminal liability for marks purchasing.

Articles about dismissal of state employees from their positions, have absolutely small percent on comparison with articles that are just about evening will be good. Case about Luzhkov's corruption was considered with extra care. In some moments, it seemed even that the journalist justified and protected the mayor. Stories of «what is good and what is bad» and about harm of corruption were published. 30 % of articles do not concern corruption from the point of view considered by us.

The characteristic of messages (by the same criteria): positive articles 10, negative – 9, neutral – 2 were published.

It is possible to notice that the difference between Internet editions is essential: at mass-media " SNA " published much more negative news then positive. Neutral articles were available only on Newslab.

Information given on Newslab is provided with the analysis and comments. Because of it there is an influence and audience declinations to the necessary party for the edition.

The site «Siberian News agency» has news headings of political and economic spheres, education and culture, etc. The facts in the information in articles are ascertained. Correspondents tell about facts, describe them realistically, without being afraid of figures and names of officials that cannot be told about mass-media «Newslab».

Under the maintenance of the certain facts and concentration of news, the SNA comes out on top, despite that on the quantity of messages Newslab several times exceeds the same indicator in the SNA.

It is possible to notice and that no one of mass-media were told about an inefficiency of accepted measures, i.e. anywhere there were no critics to accepted measures on corruption eradication.

In general, this problem is in the process of consideration and quantity of accepted measures is not enough to recognize that this phenomenon disappears from our society.

DIE BEGÜNSTIGENDEN UND BELASTENDEN VERWALTUNGSAKTE

Магодеева Дарья Олеговна,
студентка 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Мицкевич Людмила Абрамовна,
к.ю.н., доцент кафедры конституционного,
административного и муниципального права
Юридического института
Сибирского федерального университета

In jedem zeitgenoessischen Land existiert zwischen einem Staat und einer Gesellschaft eine Zusammenarbeit, die eine Wirksamkeit auf dem Gebiet der Verwaltung feststellt. Man denkt, dass die staatliche Verwaltung erfolgreich ist, weil sie die komfortabele Existenz des Buerger sicherstellt. Deshalb ist eine solche Verwaltung leistungsfahig. Dies geschah nach dem Vorbild der Staaten in dem westlichen Europa (Deutschland, Frankreich, Schweiz). Ich moechte Ihre Aufmerksamkeit auf die Erfahrung der staatliche Verwaltung in Deutschland lenken. In Deutschland gibt es verschiedene Sozialgesetze, die Fuersorgemassnahmen umfassen (z.B. Invalidenversorgung, Altersversorgung, Fuersorge fuer Kinder, Arbeitslose und Wohnung). Das zeugt davon, dass das System der Gewaehrung der öffentlichen Leistungen schon viele Jahre existiert.

Die Grundform der Taetigkeit der Staatsverwaltung ist der Verwaltungsakt. Gemaess § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz in Deutschland versteht man unter einem Verwaltungsakt «jede Verfuegung, Entscheidung oder andere hoheitliche Massnahme, die eine Behoerde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach aussen gerichtet ist».¹ Mit anderen Worten: unter dem Verwaltungsakt versteht man einen Rechtsakt. Und dieser Rechtsakt wird mit der Staatsverwaltung in dem konkrete Einzelfall erlassen. Im Unterschied zu den Rechtsvorschriften der Verwaltung, schaffen die Verwaltungsakte keine Rechtsnormen, aber sie rufen hervor, beenden oder gestalten ein Rechtsverhaeltnis um, in der Regel, verwaltungrechtliche, unmittelbare Verhaeltnisse.²

Im deutschen Verwaltungsrecht gibt es verschiedene Arten des Verwaltungsaktes, die sich folgendermassen einteilen lassen:

¹ «Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist» (§ 35 VwVfG).

² Popova L. L. Verwaltungsrecht, 2002, S. 252-261.

- begünstigende/belastende Regelungen
- vollstreckungsfähige/nicht vollstreckungsfähige Regelungen
- Vorläufige, einmalige und dauerhafte Regelungen
- Einstufige und mehrstufige Regelungen
- zustimmungsfreie/zustimmungsbedürftige Regelungen
- personale/dingliche Regelungen
- unabhängige/abhängige
- Gebundene und Ermessensregelungen
- Präventive und repressive Kontrollregelungen
- transnationale Verwaltungsakte
- fiktive Verwaltungsakte

Für die betreffende Arbeit ist die begünstigende bzw. belastende Regelungen sehr wichtig. Das heisst man teilt Verwaltungsakte nach ihrer Einwirkung auf die Bürger ein.¹ Von einem begünstigenden Verwaltungsakt spricht man gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 VwVerfG bei einem Verwaltungsakt "der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat."

Von einem belastenden Verwaltungsakt spricht man bei jeder für den Betroffenen nachteiligen Regelung (Rechtseingriffe, Verweigerung).

Diese oben genannte Teilung ist sehr wichtig, um das System der Staatsverwaltung zu verstehen. Unter der Verwaltung versteht man diejenige Staatstätigkeit, die weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung, die also vollziehende Gewalt ist, ohne dabei spezifische Regierungstätigkeit auszuüben.² Die Staatsverwaltung in Deutschland hat doppelte Natur. Das heisst es gibt die sogenannte Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung. Mit Eingriffsverwaltung wird der Teil der öffentlichen Verwaltung bezeichnet, der hoheitlich in die Rechts- und Freiheitssphäre der Bürger eingreift. Zur Eingriffsverwaltung gehören z.B. die Gefahrenabwehrbehörden. Der Gegenbegriff ist die Leistungsverwaltung. Mit dem Begriff Leistungsverwaltung, wird das staatliche Handeln bezeichnet, dass dem Bürger Leistungen gewährt. Zur Leistungsverwaltung gehören z. B. das Arbeitslosengeld (verschiedene Sozialhilfen).³

Die Erscheinung der Leistungsverwaltung, als eine Form der Staatsverwaltung, zeigt uns, dass der Staat kein Zwangsapparat mehr ist. Im deutschen Verwaltungsrecht gibt es für jede Form der Staatsverwaltung einen bestimmten Verwaltungsakt. D.h. die Eingriffsverwaltung nimmt man mit Hilfe des belastenden Verwaltungsaktes wahr. Und die Leistungsverwaltung nimmt man mit Hilfe des begünstigenden Verwaltungsaktes wahr.⁴ Die Teilung

¹ Mizkewitsch L. A. Grundlagen des Deutschen Verwaltungsrechts. Krasnojarsk, 2002. S. 70.

² Vorlesungsbegleitendes Skript, Prof. Dr. Urs Kramer. Passau, 2011. S. 3.

³ Vasileva A. F. Ausländische Erfahrung rechtlicher Regelung des öffentlichen Dienstes, Journal des Russischen Rechts. 2007. Nr. 12. S. 11-12.

⁴ Vasileva A. F. Ausländische Erfahrung rechtlicher Regelung des öffentlichen Dienstes, Journal des Russischen Rechts. 2007. Nr. 12. S. 11-12.

der Verwaltungsakte in begünstigende und belastende hat nicht bloß eine theoretische Bedeutung, sondern auch eine praktische. Es handelt sich darum, dass es für die belastenden und begünstigenden Verwaltungsakte verschiedene Voraussetzungen gibt. Diese Voraussetzungen helfen dem Verwaltungsakt in Kraft zu treten, ihn zu widerrufen und zu modifizieren. So widerruft man z.B. den belastenden Verwaltungsakt nicht so schwer wie den begünstigenden Verwaltungsakt. Das Problem besteht darin, dass die begünstigenden Verwaltungsakte auf dem Prinzip des Vertrauensschutzes beruhen. Das bedeutet, dass jeder Bürger das Vertrauen zu der Gültigkeit, Bestandskraft des Verwaltungsaktes hat.

Zum Schluss möchte ich noch sagen, dass die Erscheinung des Begriffes der Leistungsverwaltung in der russischen Gesetzgebung sehr wichtig werden wird. Daraus folgt, dass es in Russland die doppelte Natur der Staatsverwaltung noch nicht gibt. Deshalb muss der Gesetzgeber die belastenden und begünstigenden Verwaltungsakte in dem Gesetz erst noch aufnehmen.

INTERNATIONAL LAW INFLUENCE ON THE STATE CUSTOMS POLICY

Петрух Даниил Петрович,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского Федерального Университета.

Научный руководитель:
Терешкова Валентина Владимировна,
к.ю.н., доцент кафедры международного права
Юридического института
Сибирского федерального университета

In a modern world we can see increasing and intensifying globalization processes, strengthening interaction between different countries. And customs relations play one of the main roles in development of international relations.

Purpose of custom policy of every state is:

To provide more effective use of customs control and regulation of exchange of goods in the customs territory of the state;

To take part in realization of trading-political objects of market protection, to stimulate national economy development, and other specific for each country goals.

At the same time, regulation of customs relations is a sort of activity that is implemented not only by a separate state, but by an international community as well.

To successfully achieve the previously mentioned goals it is necessary for national legislative and law-enforcing levels of customs regulation to meet

international standards and principles. There have to be unification processes both in the legal system of the state and in customs bodies practice.

Transition from strictly national-oriented customs regulation to regulation that satisfies international standards begins, in the first instance by conclusion treaties between states both bilateral and multilateral ones which constitute international rules of customs cooperation. Issues on customs regulation are also a scope of activity of international organizations, such as World Trading Organization, World Customs Organization, and other organizations, which determine common rules of customs regulation for the parties to conventions. Further, on the basis of these rules (provided by international conventions, or by “private” treaties between governments) there have to be changes within a national legal system, however these changes do not happen fast enough, adaptation within customs bodies do not always correspond to requirements. Bringing states legislation to correspondence with international principles takes much longer time.

Issue of adoption of international law standards can be exemplified by implementing International Convention on the simplification and harmonization of customs procedures (Kyoto Convention) in Russian Federation.

The Convention in question was passed to simplify customs procedures to speed-up foreign-trade, to assist trading and removing groundless administrative barriers. It contains principles of international customs collaboration, such as: 1) implementation of programmes aimed to improve customs procedures; 2) predictable, successive and accurate execution of customs procedures and customs activity; 3) conveying all necessary information to the interested parties about customs regulation; 4) application of modern customs control methods as well as vast usage of informational technologies; 5) collaboration with other countries, their customs authorities and business; 6) observation of international principles in practice; 7) guaranteeing free access of interested parties to administrative and judicial appeals.

Legislative basis of customs regulation of the Russian Federation is Customs Code of Customs Union (CC CU), and Federal law “On Customs regulation In Russian Federation” (27.11.2010 N 311-ФЗ, passed ГД ФС РФ 19.11.2010), that refers its norms to Customs Code of Customs Union and that establishes “to provide executing International treaties by the Russian Federation, that stipulates the treaty-legal basis of Customs Union in the framework of EURASEC, decisions of Customs Union authorities in the sphere of customs regulation”¹ as its purpose. The Customs Union itself was created to secure “free movement of goods in the course of mutual trading and (to secure)

¹ On Customs regulation in Russian Federatio: Federal Law № 311-FL // Rosseyskaya gazeta. 2010. № 269.

favourable conditions for the Customs Union trading with other parties and (to secure) development of economic integration between parties”¹.

Russia, Belarus and Kazakhstan being member-states of the Customs Union are also members of the International convention on simplification and harmonization of customs procedures. Russia join this convention by passing the federal law that was signed by the president on 3 November, 2010, in Kazakhstan this convention was ratified by the Law of Kazakhstan Republic on 4 February, 2009, in Belarus the law that ratified this convention was signed on 16 November, 2010.

It is important to emphasise that CC CU was elaborated on the basis of Kyoto convention norms.²

Therefore, it is necessary to compare terms of Kyoto convention general annex³ and terms of CU legislation (including CC CU).

There are no conceptual differences, but it can be divided into two groups: procedural and terminological.

Terminological difference manifests itself in terminology. General annex uses such term as “audit-based control”, but CC CU replaces this term by “customs checkup” and “monitoring of stock-taking and accounting” terms.

Speaking about procedural differences – CC CU provides more severe measures in contrast to General annex, that includes more flexible norms. The basic concept of General annex rules is to set up trustworthy relations between customs authorities and participants of foreign-trade activity; supreme significance of declarant’s rights and every sort and kind of assistance in these rights implementation; confirming goods information by the only one document.

Moreover, basic rules of General annex allow changes to be made to the goods declaration during the control procedure providing that examination has not been started by that time. Customs Union legislation does not provide this norm. Moreover, CC CU includes additional term: amount of customs payment should not be changed as a result of declaration changes, except for price correction.

General annex also provides non-usage of considerable sanctions for mistakes, if these mistakes are not intentional and made as a result of intentional misrepresentation or gross negligence.

Basic principles of General annex also provide not to levy percent pay for the delay in duties and taxes pay where it is possible. However, Agreement on grounds, conditions and order of customs taxes payment changes within the Customs Union establishes the rule of obligatory levying percentage payments for credit or delay of customs payments.

¹ Agreement between Russia, Belarus and Kazakhstan concerning creating of united customs territory and formation of Customs Union

² Decision of Customs Union committee №4 passed 04.02.2009 “On conceptual conditions of interacting of customs services inside united customs territory”// Published on official Customs Union site <http://www.tsouz.ru>

³ Accepting of this annex is obligatory to every state that join to convention.

One of the most important rules of the General annex is in those cases when providing guarantees is required – the sum of this guarantees has to be minimal and in terms of paying duties and taxes it must not exceed the sum subject to levying where necessary. However, according to the CC CU norms if customs authorities can not define the sum of customs payments, then guarantee sum has to be maximal.

Let us consider the changes in the Russian Federation itself, which are connected with influence on International law. After the Body text and General annex of International convention on simplification and harmonization of customs procedures came into effect Russian Federation has to:

provide execution of General annex standards within 36 months;

provide execution of Transitional Standards within 60 months ;

Joining the convention shall demand amendments to 16 Federal laws and 72 by-laws on the President and the government of Russian Federation level.¹

Kyoto convention stipulates necessity to use preliminary information and provide its transmission in an electronic way. In the RF development of this idea is proved by «СПрИнт» system establishment (system of preliminary information of customs bodies), passage different by-laws referring its norms to Kyoto convention. E.g. Order of Federal Customs Service passed on 10 November, 2006 №192 «Об утверждении концепции предварительного информирования таможенных органов Российской Федерации» sets forth significance of correspondence of customs bodies activity to international standards.

“World Customs Organization provides usage of preliminary information in activity of the customs service as an indicator of high level of development of the customs service.

The International convention on simplification and harmonization of customs procedures provides necessity to use preliminary information and to secure its transferring into a digital format.

...preliminary informing and preliminary declaring is a basis to introduce Framework Standards to Secure and Facilitate Global Trade, to introduce control over integrated chain of deliveries in WCO framework activity”

“Successive usage of International convention on simplification and harmonization of customs procedures terms, which provides application of preliminary information and its transferring into a digital format while developing customs procedures plays an important role in development of the Russian Federation subjects infrastructure.”²

As a technical instrument for preliminary informing customs authorities “Customs checkpoint” software was developed and approved for application.

¹ [http:// www.evrazes-bc.ru / news / view / 4927](http://www.evrazes-bc.ru/news/view/4927)

² Decision of Federal Customs Service collegiums 29 August 2008 “ On conception of project of customs registration and customs control of goods in territory closely situated to state border”

According to information given by customs authorities, starting from 1 January 2011 every European Union country is obliged to use preliminary informing customs bodies system. Moreover, in Russia the system of preliminary informing customs bodies is available to every partner of the foreign-trade activity according to the Federal Customs Service decree passed on 24 January 2008 № 52 «О внедрении информационной технологии представления таможенным органам сведений в электронной форме для целей таможенного оформления товаров, в том числе с использованием международной ассоциации сетей Интернет»¹. According to the preliminary information starting from 1 July 2012 every party of foreign-trade will be obliged to inform customs bodies using preliminary information system.²

But we can speak about development of customs policy of the state in coordination with international principles not only on the Russian Federation example. Under the annual report of China customs service we can notice that CPR is aimed at integration into international community, including customs sphere integration.

“With China’s more extensive and intensive integration into the economic globalization, China Customs is getting more and more involved in international affairs and is playing an increasingly important role in the world economy and trade.

Through participating in WTO negotiations and honoring commitments to the WTO, China Customs played an important part in China’s accession to the WTO and in successfully meeting the challenges to China’s foreign trade brought about by the accession. Since China became a full member of the World Customs Organization (WCO) in 1983, China Customs has been participating actively in such activities of the WCO as Permanent Technical Committee, Enforcement Committee, Harmonized System (HS) Committee, Technical Committee on Customs Valuation, Technical Committee on the Rules of Origin and the Sub-Committee on Automatic Data Processing, and has taken an active part in the revision of the Kyoto Convention and the Nairobi Convention, the review of the Harmonized System and the formulation of the rules of origin.

China Customs is also exploring actively international cooperation in non-traditional fields and has implemented a series of pragmatic cooperation programs such as the “China-EU Pilot Project on Smart and Secure Trade Lanes”³.

To sum it up, we are certain to say about serious influence of international law norms, the whole international community on development of a separate state, its national policy, national legislation, formation of unification processes allowing different countries to interact more effectively.

¹ <http://edata.customs.ru/Pages/Default.aspx> - internet-portal of giving preliminary information.

² Official site of Russian Federal Customs Service: http://www.customs.ru/ru/pres/news_ytu/index.php?id286=36093.

³ <http://english.customs.gov.cn/publish/portal191/>

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ «ПРЕСТУПЛЕНИЙ НЕНАВИСТИ»

Пухирь Юлия Евгеньевна,
соискатель кафедры уголовного права и процесса
Омского юридического института

Научный руководитель:
Пестерева Юлия Сергеевна
к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и процесса
Омского юридического института

Одним из наиболее востребованных направлений в современной юридической науке является сравнительное правоведение. Компаративный подход позволяет соединять в исследованиях чисто познавательные задачи (сопоставления систем права различных стран) с сугубо практическими целями – выработкой рекомендаций по совершенствованию национальных правовых институтов на основании изучения зарубежного опыта. Необходимость подобных исследований обусловлена прежде всего современными общемировыми процессами интеграции, затрагивающими все стороны функционирования государств и обществ, и глобализацией как крайней формой выраженности указанных процессов.

Для начала стоит отметить, что «преступление ненависти» – это собирательное понятие, охватывающее несколько деяний разнообразных по объективной стороне, но объединенных общностью мотивов. Конечно, каждый законодатель по-своему формулирует состав, направленный на защиту общественных отношений от возбуждения ненависти, вражды, унижения человеческого достоинства по определенным признакам. При этом наблюдается различие в методах, приемах и способах изложения «преступлений ненависти», а именно: в рамках одного состава (например: РФ, Швеция, Дания, Эстонская республика), в двух и более статьях (КНР, Голландия).

Что же касается родового объекта, то в ряде государств это права граждан (КНР, Болгария, Украина), в других же – общественный (публичный) порядок (Швеция, Голландия, Польша), мир и безопасность человечества (Латвия, Казахстан, Узбекистан, Республика Беларусь) или государство, государственная власть (Эстония, Азербайджан, Кыргызская республика, РФ).

Следующим сравнительным критерием является наименование самих деяний, которое отличается разнообразием: «Нарушение национального и расового равноправия, ограничение прав человека», «Нарушение равноправия лиц в зависимости от их отношения к религии» (Латвийская республика)¹, «Возбуждение национальной, расовой, религиозной либо политической вражды, побуждение к насилию или дискриминации» (Эстонская республика)², «Нарушение равноправия граждан в зависимости от их расовой, национальной принадлежности или отношения к религии» (Украина)³, «Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды» (Республика Казахстан)⁴, «Возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды» (Азербайджан, Узбекистан, Кыргызская республика)⁵, «Разжигание расовой, национальной или религиозной вражды или розни» (Республика Беларусь)⁶, «Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства» (РФ)⁷. Таким образом, национальные законодательства отражают в наименовании статьи ключевые признаки, по которым происходит возбуждение ненависти, вражды, разжигание розни, унижение человеческого достоинства, нарушение равноправия.

Анализ объективной стороны выявил следующие особенности: все «преступления ненависти» совершаются в форме действия, но последние далеко не однообразных. Встречаются следующие формулировки: «действия, направленные на...разжигание, на возбуждение...» (Латвия, Украина, Республика Беларусь), «... на возбуждение, оскорбление, пропаганду исключительности... превосходства, неполноценности...» (Казахстан, Кыргызская республика), «... на возбуждение, установление превосходства...» (Азербайджан), «возбуждение вражды, побуждение к насилию или дискриминация» (Эстония), «действия, унижающие, оскорбляющие...» (Узбекистан). Кроме того можно встретить и другие действия: пропаганду, публикацию в печатном издании (КНР), проповедь, подстрекательство, препятствие свободно исповедовать (Болгария), угрозы, выражение неуважения (Швеция), заявление или сообщение информации (Дания), пропаганда, призывы, оскорбление (Польша), делание дискредитирующих заявлений (Голландия). Следовательно,

¹ См.: Уголовный Кодекс Латвийской республики // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

² См.: Уголовный Кодекс Эстонской Республики //<http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля.2011г.]

³ См.: Уголовный Кодекс Украины // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

⁴ См.: Уголовный Кодекс Республики Казахстан // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

⁵ См.: Уголовные Кодексы Азербайджанской Республики, Республики Узбекистан, Кыргызской республики // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

⁶ См.: Уголовный Кодекс Республики Беларусь // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

⁷ См.: Уголовный Кодекс РФ 1996 г. // СПС «Консультант Плюс».

наиболее общественно опасным и наиболее распространенным в современном мире является такое действие, как возбуждение ненависти или вражды. Но при этом само понятие «возбуждение ненависти» не расшифровывается, что свидетельствует об абстрактности действий, составляющих объективную сторону рассматриваемых деяний. Не меньшая абстрактность и сложность встречается при толковании понятия «пропаганда», которая до принятия в 2003 г. новой редакции ст. 282 УК РФ фигурировала в нашем законодательстве. При этом необходимо обратить внимание на то, что каждое государство делает акцент на пропаганде, по-своему в частности, в ст. 226 УК Армении говорится о «пропаганде расового превосходства»¹, ст. 164 УК Казахстана упоминает «пропаганду исключительности, превосходства либо неполноценности граждан по признаку их отношения к религии, сословной, национальной, родовой или расовой принадлежности»². Несмотря на то, что статьи говорят об объектах пропаганды, тем не менее само понятие пропаганды не закреплено и в итоге можно говорить об его оценочности и сложности в правоприменении. Интересными являются особенности закрепления в качестве элементов объективной стороны действий, связанных с оскорблением, так, в частности, обращаясь к УК Польши, можно увидеть, что необходимо «оскорбить группу людей или отдельное лицо в связи с их национальной, этнической, расовой, религиозной принадлежностью или в связи с их исповеданием религии...»³. Следовательно, для привлечения к уголовной ответственности не требуется наличие какой-либо цели, достаточным будет само оскорбление или намерение оскорбить. Однако противоположную позицию можно встретить в УК Узбекистана. В соответствии со ст. 156 УК Узбекистана лицо может быть привлечено к ответственности за совершение «действий, унижающих национальную честь и достоинство, оскорбляющих чувства граждан в связи с их религиозным или атеистическим убеждением, если они совершены с целью возбуждения вражды, нетерпимости или розни к группам населения по национальным, расовым, этническим или религиозным признакам»⁴. Рассматривая такие действия, как угрозы и выражение неуважения по мотивам ненависти (Например: Швеция), можно выявить следующую специфику. Особенность угрозы заключается в том, что она не связана с возбуждением какой-либо ненависти или вражды, а также не отождествляется с оскорблением. Кроме того, подразумевается угроза и

¹ См.: Капинус О.С., Додонов В.Н. Ответственность за разжигание расовой, национальной и религиозной вражды, а также другие «преступления ненависти» в современном уголовном праве // Законы России. 2007. № 8. С. 80.

² См.: Уголовный Кодекс Республики Казахстан // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

³ См.: Уголовный Кодекс Польши // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

⁴ См.: Уголовный Кодекс Республики Узбекистан // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

выражение неуважения не к конкретному лицу, а к национальной, этнической или другой подобной группе, следовательно, при буквальном толковании будет отсутствовать уголовная ответственность при угрозах, неуважении по отношению к отдельной личности по аналогичным мотивам. Более того, сами действия «угроза, выражение неуважения» требуют определенной конкретизации, поскольку данные понятия являются оценочными, но последняя отсутствует, что еще раз свидетельствует о несовершенстве состава. Законодатель Дании делает акцент на заявлениях и сообщении информации, в результате которой происходит запугивание группы людей, которая оскорбляется или унижается по мотивам ненависти. Таким образом, в УК Дании точно так же как и в УК Швеции говорится о группе, а не о личности, но в то же самое время в УК Дании необходимым является наступление определенного результата: запугивание, оскорбление, унижение. В УК Болгарии, УК Польши можно встретить еще одно действие, образующее объективную сторону рассматриваемого деяния – физическое посягательство по мотивам ненависти. Так, например, ст. 257 УК Польши предусматривает ответственность за действия лиц, которые нарушают телесную неприкосновенность другого лица по причине его национальной, этнической, расовой, религиозной принадлежности или по причине неисповедания религии¹. По ч. 2 ст. 162 УК Болгарии наказывается лицо, которое применит к другому лицу насилие или причинит ему имущественный вред по причине принадлежности к определенной национальности, расе, религии или вследствие политических убеждений². В других же государствах применение насилия выступает в качестве квалифицирующего признака (например: УК Республики Беларусь, УК РФ). В относительно небольшой группе стран исследуемые преступления содержат такой признак объективной стороны, как дискриминация или возбуждение дискриминации (например: УК КНР, УК Эстонии, УК Голландии). В целом следует отметить, что объективная сторона указанной группы преступлений в большинстве зарубежных уголовных кодексах определяется через «действия, направленные на возбуждение ненависти или вражды» по определенным мотивам или признакам.

Эти мотивы или признаки разнообразны, национальный законодатель включает в диспозицию статей те из них, которые отражают специфику общественных отношений, существующих в конкретном государстве. Так, в частности, можно встретить следующие мотивы (признаки) «преступлений ненависти»:

¹ См.: Уголовный Кодекс Польши // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

² См.: Уголовный Кодекс Республики Болгария // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.]

- раса (Болгария, Латвия, Швеция, Дания, Эстония, Украина, Польша, Голландия, Казахстан, Азербайджан, Узбекистан, Кыргызская Республика, РФ);
- национальность (Болгария, Латвия, Швеция, Дания, Польша, Казахстан, Азербайджан, Узбекистан, Кыргызская Республика, РФ);
- религия (Болгария, Швеция, Эстония, Украина, Польша, Голландия, Казахстан, Азербайджан, Узбекистан, Кыргызская Республика, РФ);
- политический признак (Болгария, Эстония, Украина);
- экономические, политические, социальные права (Латвия);
- этническое происхождение (Швеция, Дания, Украина, Польша, Узбекистан);
- цвет кожи (Швеция, Дания, Украина);
- сексуальная ориентация (Дания, Голландия);
- пол (Украина, Голландия, РФ);
- социальное происхождение (Украина);
- имущественное положение (Украина);
- место жительства (Украина);
- язык (Украина, РФ);
- личные убеждения (Голландия);
- сословная принадлежность (Казахстан);
- родовая принадлежность (Казахстан);
- происхождение (РФ);
- принадлежность к социальной группе (РФ).

При этом большая часть УК зарубежных стран предлагает закрытый перечень мотивов ненависти, вражды, но существуют и исключения. Так, например, в ст. 161 УК Украины перечисляются признаки, по которым происходит разжигание ненависти, вражды, унижение чести и достоинства, оскорбление чувств, ограничение прав, установление привилегий, а в завершение употребляется следующая формулировка: «иным признакам»; российский законодатель в ч. 1 ст. 282 УК РФ помимо закрепленных признаков использует такое понятие, как «принадлежность к какой-либо социальной группе», которая может трактоваться достаточно широко.

Следующим сравнительным критерием «преступлений ненависти» является публичность действий его выделяют в праве большинства государств). В связи с этим возникает вопрос - какое количество лиц необходимо для создания публики, воспринимающей действия, призывы виновного, или все-таки стоит учитывать конкретные обстоятельства дела? Так, УК Дании говорит, что действия, образующие «преступление ненависти», совершаются публично или с намерением широкого распространения; ст. 256 УК Польши использует формулировку «кто

публично пропагандирует..., призывает к ненависти...»¹; ст. 137 с УК Голландии – «лицо, которое публично, в устной или письменной форме, либо используя изображение...»²; ст. 283.1 УК Азербайджана, ст. 299 УК Кыргызской Республики, ст. 282 УК РФ – «...если эти деяния совершены публично или с использованием средств массовой информации». Более того, ни в одном из источников не содержится понятие «публики». Необходимо отметить, что признак публичности отсутствует в диспозициях статей УК Республики Беларусь, Узбекистана, Украины, Эстонской Республики, Болгарии.

Что же касается субъективной стороны, то особых дискуссий здесь не возникает, все «преступления ненависти» совершаются умышленно, но, тем не менее, ряд законодателей решили прямо это подчеркнуть в диспозициях своих статей, например, ст. 161 УК Украины, ст. 164 УК Республики Казахстан, ст. 130 УК Республики Беларусь: «умышленные действия, направленные на...»; ст. 156 УК Республики Узбекистан: «умышленные действия, унижающие...».

Подводя итог, хотелось бы отметить, что «преступления ненависти» сформулированы разнообразно, в частности, наблюдается различие в приемах изложения рассматриваемых деяний, в действиях образующих их объективную сторону, в юридической терминологии, а также в самих объектах вражды.

DAS GRUNDPFANDRECHT IN DEUTSCHLAND, DER SCHWEIZ UND RUSSLAND

Резников Юрий Евгеньевич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Богданов Вячеслав Петрович,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Der Begriff Grundpfandrecht existierte seit der Zeit des Römischen Rechtes, womit das Grundpfandrecht eines der ältesten Rechtsinstitute darstellt. Das Grundpfandrecht spielt insbesondere bei Kreditbeziehungen und in der Kreditwirtschaft eine sehr wichtige Rolle³. Da Banken Bedenken haben, dass

¹ См.: Уголовный Кодекс Польши // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.].

² См.: Уголовный Кодекс Голландии // <http://law.edu.ru/norm/norm> [дата входа 28 февраля 2011г.].

³ Aden M. Einführung in das BGB für russische Studenten. Essen., 2010. S. 126. // [www.dresaden.de/B/Ungedruckt Arbeiten / I Lehrveranstaltungen und Vor / Russ. Vlsg 1.3. 10.pdf](http://www.dresaden.de/B/Ungedruckt%20Arbeiten/I%20Lehrveranstaltungen%20und%20Vor/Russ.Vlsg%201.3.10.pdf).

das ihnen geschuldete Geld nicht zurückgezahlt wird ist das Pfandrecht ein sehr effektives Sicherungsmittel. Die Finanz- und Wirtschaftskrise 2007 zeigte in Russland folgende Probleme auf: viele Kreditnehmer hatten keine Gelegenheit ihre Schulden zu bezahlen, woraufhin die Banken die schwebenden Schulden durch Zwangsvollstreckung tilgen mussten. Und viele Grundstücke sind wertlos geworden. Die russische Marktwirtschaft ist sehr jung. Der Staat wählte aufgrund der aufgetretenen Probleme einen neuen politischen Kurs. Aber die Marktprobleme, die in Europa bereits im 19. und 20. Jahrhundert existierten, bereiten nun auch Russland große Sorgen. Das Zivilrecht und seine Gesetze gelten in Deutschland und in der Schweiz bereits seit dem 19. Jahrhundert (das BGB in Deutschland seit 1896, das ZGB in der Schweiz seit 1907). Die beiden Staaten, insbesondere die BRD, haben einen sehr starken Finanzhaushalt. Die Schweiz wiederum ist ein Zentrum des Finanzwesens.

Zuerst möchte ich die formelle Seite des Grundpfandrechts beschreiben. Das Grundpfandrecht in Deutschland ist ein Sachenrecht. Die Normen, die dieses Rechtsinstitut regeln, befinden sich im 3. Buch des BGB „Sachenrecht“. In der Schweiz befindet sich das Grundpfandrecht in der zweiten Abteilung „Die beschränkten dinglichen Rechte“ des Sachenrechtes. In der Russische Föderation jedoch stehen die Rechtsnormen, die das Grundpfandrecht regeln, in einzelnen Gesetzen¹. Das allgemeine Pfandrecht in Russland ist ein Schuldrecht nach dem GK². Die Unterscheidungsmerkmale spielen sowohl in der Rechtstheorie und als auch in der Praxis eine geringe Rolle. In der BRD und der Schweiz versteht jeder Jurist das Pfandrecht als ein Sachenrecht oder ein beschränktes Sachenrecht. In Russland ist die Lage anders.

Das Pfandrecht in der BRD kennt zwei Typen des Grundpfandrechtes³. Das ist zum einen die Hypothek und zum anderen die Grundschuld. Der legale Begriff Hypothek wird in § 1113 Abs. 1 BGB erörtert. Die Hypothek ist eine Grundstückbelastung und hat zur Folge, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt (Hypothekengläubiger), eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist⁴. Die Hypothek ist ein akzessorisches Recht. Folgende Hauptmerkmale weist eine Hypothek auf: dieses Grundpfandrecht hängt von der Forderung ab, die Hypothek ist mit der Forderung gebunden, die Hypothek dient nur für einzelne Forderung. Nach § 1113 Abs. 2 BGB kann eine Hypothek auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung verlangt werden⁵. Deutsches Grundpfandrecht kennt auch die Belastung eines Bruchteils⁶. Nach § 1115 BGB

¹ Об ипотеке (залоге недвижимости): ФЗ от 17 июля 1998 г. // Собрание законодательства РФ. 1998. №29. Ст. 3400.

² Собрание законодательства РФ. 1994. №32. Ст. 3301.

³ Aden M. Einführung in das BGB für russische Studenten. Essen., 2010. S. 126. // [www.dresaden.de /B Ungedruckte_Arbeiten/I Lehrveranstaltungenund Vor/Russ. Vlsg 11.3.10.pdf](http://www.dresaden.de/B_Ungedruckte_Arbeiten/I_Lehrveranstaltungenund_Vor/Russ.Vlsg.11.3.10.pdf).

⁴ § 1113 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 189

⁵ § 1113 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

⁶ § 1114 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

muss die Hypothek eingetragen sein. Es gibt ein Grundbuch, das Informationen über den Gläubiger, den Geldbetrag der Forderung und den Geldbetrag der anderen Nebenleistungen enthält. Der Inhalt der Hypothek ist die Forderung, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu erhalten. Die Zahlung aus dem Grundstück kann nur der Inhaber der Hypothek fordern. Eine entscheidende Rolle spielt im deutschen Grundpfandrecht § 1153 BGB, da nach diesem Paragraphen die Forderung übertragbar ist. Die Hypothek folgt dann der Forderung. Die Forderung kann nicht ohne Hypothek übertragen werden¹. Aufgrund dieser Möglichkeit entstehen viele Schwierigkeiten, insbesondere dann, wenn man die Forderung mit der Hypothek überträgt. In der Bank- und Kreditpraxis ist die Hypothek fast ganz ausgestorben². Heute sind nur etwa 20% Grundstückbelastungen Hypotheken. Während der Finanz- und Wirtschaftskrise 2007 trat in Deutschland vor allem das Problem der Entwertung der Grundstücke in den Vordergrund, welches aber durch bestimmte Normen des BGB geregelt ist. § 1133 BGB umfasst das Ermessen des Gläubigers. Er (der Gläubiger) kann eine passende Frist zur Beseitigung der Entwertung bestimmen³. Der Gläubiger kann auf Unterlassung klagen, wenn um die Sicherheit der ganzen Hypothek zu fürchten ist. Das Gericht kann auf Antrag des Gläubigers auch Maßregeln, die zur Verhinderung einer Gefährdung des Grundstückes gelten, anordnen⁴.

Die Mehrzahl der Rechtsbeziehungen im Grundpfandrecht in Deutschland gehört zur Grundschuld, die die zweite Art des Grundpfandrechtes ist. § 1191 Abs. 1 definiert den Begriff der Grundschuld. Eine Grundschuld ist die Belastung eines Grundstücks mit dem Inhalt, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme (auch Zinsen und Nebenleistungen) aus dem Grundstück zu zahlen ist⁵. Das Hauptmerkmal dieses Rechtsbegriffs ist Folgendes: die Grundschuld ist keine akzessorische Forderung, sondern ein abstrakter Anspruch. Die Grundschuld ist vom Bestehen einer Forderung losgelöst, man darf die Grundschuld allein übertragen oder nutzen. Die Grundschuld dient auch für mehrere Forderungen (im Gegensatz zur Hypothek). Das Pfandrecht an einer Immobilie bietet eine stabile Rechtssicherheit. Die Rechtsnormen über die Hypothek nach BGB (§ 1113 ff.) werden auf die Grundschuld angewandt, soweit die Normen dies nicht anders vorgeben⁶. Es gibt zwei Gattungen der Grundschuld und der Hypothek: die Buchgrundschuld (Buchhypothek) und die Briefgrundschuld (Briefhypothek). Für eine Briefgrundschuld gilt ein Brief, dessen Inhalt ein Wertpapier ist. Wer den Brief in den Händen hält, ist Inhaber der Grundschuld. Eine

¹ § 1153 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

² Aden M. Einführung in das BGB für russische Studenten. Essen., 2010. S. 127. // www.dresaden.de/B_Ungedruckte_Arbeiten/ILehrveranstaltungen_und_Vor/Russ_Vlsg_11.3_10.pdf.

³ § 1133 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

⁴ § 1134 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

⁵ § 1191 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

⁶ § 1113 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

Buchgrundschuld gilt nur, wenn die Abtretung im Grundbuch eingetragen wird. An dieser Stelle möchten ich noch hinzufügen, dass nach § 1198 BGB eine Hypothek in eine Grundschuld und eine Grundschuld in eine Hypothek umgewandelt werden können¹.

In der Schweiz gibt es drei Arten von Grundpfandrechten: die Grundpfandverschreibung, der Schuldbrief und die Gült². Alle Grundpfandrechte werden ins Grundbuch eingetragen³. Die Voraussetzung ist der Abschluss eines Pfandvertrages zwischen dem Gläubiger (i.d.R. der Bank) und dem Grundeigentümer⁴. Die Grundpfandverschreibung hat nur eine Sicherungsfunktion. In der Regel handelt es sich dabei nicht um ein Wertpapier. Man darf nicht auch den Inhalt ändern (kein Einredenausschluss) und das wichtigste Merkmal ist hier die persönliche Haftung (doppelte Sicherheit für den Gläubiger: zum einen gilt die persönliche Schuldpflicht durch den Schuldner, zum anderen haftet das Grundstück für die Forderung)⁵. Nach Art. 824 Abs. 2 kann der Schuldner kein Eigentümer sein⁶. Der Grundeigentümer, der kein Schuldner ist, ist ein Drittpfandgeber, der nicht persönlich haftet⁷. Die Übertragung der Grundpfandverschreibung erfolgt durch den Zessionvertrag. Der Schuldbrief dient auch zu Sicherungszwecken und hat eine Verkehrsfunktion. Die Form des Schuldbriefes ist ein Wertpapier, das von einem Notar ausgestellt wird. Im Gegensatz zur Grundpfandverschreibung umfasst der Schuldbrief Einredenausschluss, aber die persönliche Haftung ist gleich. Nach Art. 844 Abs. 1 kann der Schuldbrief, falls es im Vertrag nicht anders bestimmt ist, nur innerhalb von sechs Monate gekündigt werden⁸. Die Gült ist ebenfalls ein Wertpapier. Sie ist die Grundlage für einen „Realkredit“ auf der Basis einer Grundlast. Die Funktion der Gült und der Grundpfandverschreibung ist gleich. Einredenausschluss ist ebenfalls möglich. Die Gült jedoch umschliesst im Gegensatz zur Grundpfandverschreibung keine persönliche Haftung, sondern beinhaltet eine reine Sachhaftung, die nur für landwirtschaftliche Grundstücke, Wohnhäuser und Baugebiete gilt⁹. Auf einem nichtlandwirtschaftlichen Grundstück kann eine Gült bis zu drei Fünfteln des Mittelwerts errichtet werden¹⁰. Die Gült hat heute nur noch eine historische Bedeutung. Im Kanton Zürich sind die Grundpfandverschreibung und der Schuldbrief gebräuchliche Arten des Grundpfandrechtes¹¹. Die Probleme der Entwertung des Pfandgrundstückes ist im ZGB sehr deutlich geregelt (Art. 808

¹ § 1198 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896.

² Art. 793 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

³ Art. 796 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

⁴ Schumacher M. Die Grundpfandrechte in der Schweiz / M. Schumacher // Finanzierung. 2006. №7. S. 7.

⁵ Schumacher M. Die Grundpfandrechte in der Schweiz / M. Schumacher // Finanzierung. 2006. №7. S. 7.

⁶ Art. 824 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

⁷ Schumacher M. Die Grundpfandrechte in der Schweiz / M. Schumacher // Finanzierung. 2006. № 7. S. 7.

⁸ Art. 844 Abs. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.

⁹ Art. 847 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

¹⁰ Art. 848 Abs. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

¹¹ Schumacher M. Die Grundpfandrechte in der Schweiz / M. Schumacher // Finanzierung. 2006. № 7. S. 7

ff. ZGB). Das schweizerische Grundpfandrecht kennt zwei Arten der Wertverminderung: mit Verschulden und ohne Verschulden des Eigentümers. In erste Situation kann der Gläubiger: a) durch das Gericht weitere schädliche Einwirkung verbieten lassen, b) vom Gericht ermächtigt werden, zweckdienliche Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, c) für die Kosten der Vorkehrungen vom Eigentümer Ersatz verlangen, und d) ausreichende Abzahlung der Schuld beanspruchen. Der Gläubiger kann auch die Sicherung seiner Forderungen oder die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen. Das Gericht setzt eine bestimmte Frist für diese Maßnahmen fest. Wenn die Entwertung des Pfandgrundstückes ohne Verschulden des Eigentümers eintritt, hat der Gläubiger ein Recht auf Sicherstellung oder Abzahlung¹. Das Gericht spielt bei diesen Vorgängen nur eine geringe Rolle.

Das russische Grundpfandrecht enthält nur Regelungen zur Hypothek. Die Grundlagen für die Hypothek in Russland sind das Gesetz und der Vertrag². Das Pfandrecht ist ein akzessorisches Recht³. Falls es im ersten Hypothekenvertrag nicht anders bestimmt ist, kann die russische Hypothek für mehrere Forderungen gelten⁴. Jede Hypothek, die durch einen Vertrag oder ein Gesetz begründet ist, muss im Einzigsten Staatsregister der Rechte auf Liegenschaften eingetragen werden. Der Inhalt der Hypothek ist die Forderung vom Pfandgläubiger, eine Geldsumme aus dem Grundstück zu bekommen, wobei der Pfandgläubiger Vorrang vor anderen Gläubigern hat. Die Wertverminderung des Grundstückes ist ein großes Problem in der russischen Bankpraxis, und das Zivilgesetz hat keine Normen festgelegt, die diese Lage regeln können. Das Gesetz regelt nur den Verlust des Grundstückes oder seine Beschädigung. Aber die Grundpfandverträge haben immer bestimmte Vorschriften, z.B. muss der Schuldner, nachdem das Grundstück wertlos geworden ist, binnen von drei Tage den Grundstückwert wiederherstellen. Nach dem GK kann der Gläubiger eine Forderung stellen, und der Schuldner muss dieser Forderung nachkommen und die Schulden bezahlen. In der Regel veranlassen die Banken eine Untersuchung, die die jeweiligen Preise von Grundstücken zu einer bestimmten Zeit ermittelt. Wenn der Wert, der im Vertrag stellt, dem Preis der Experten widerspricht, schließt der Gläubiger (Bank) mit dem Schuldner einen neuen Vertrag ab. Der Vertrag spielt die Hauptrolle in der russischen Bankpraxis, die mit dem Grundpfandrecht verbunden ist. Die deutsche und schweizerische Erfahrung könnte auch für Russland wertvoll sein, sie könnte ausgewertet und verwendet werden. Diese Rechtseinrichtung (Grundpfandrecht) kann nicht immer durch einen Vertrag geregelt werden.

¹ Art. 808 ff. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907

² Об ипотеке (залоге недвижимости): Федеральный закон от 17 июля 1998 г. // Собрание законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

³ Об ипотеке (залоге недвижимости): ФЗ от 17 июля 1998 г. // Собрание законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

⁴ Об ипотеке (залоге недвижимости): ФЗ от 17 июля 1998 г. // Собрание законодательства РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

SOME SPECIFIC ASPECTS OF DIGITAL CONTENT SALE VIA THE INTERNET

Скрипко Софья Игоревна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Богданова Инна Сергеевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Nowadays a lot of people buy versatile digital content via the Internet and amount of such Internet-customers is extremely increasing. By digital content we mean any content that is published or distributed in a digital form, including text, data, sound recordings, photographs and images, motion pictures, and software¹. People all around the world buy music and software, movies and computer or console games via the Internet every day and they are pretty happy with this. They are sitting at home in a comfortable armchair, clicking the mouse and receiving what they want almost immediately.

Why are we saying almost immediately? Just because in case of digital content sale the buyer does not receive a product on a disc, for example, as it takes place in case with Internet shop sale. The customer receives this product on his computer or other device directly from the server of the seller or the producer of this product. It is very important to distinguish the digital content sale from the sale via the Internet shops, when goods are delivered to a customer in some material form.

As it was mentioned above, the digital content sale is very popular now. Spreading of this kind of trade in Russia is not as visible as in Europe or the USA. In the latter the digital content sale via the Internet becomes more and more widespread. Official web-cites of software producers allow us to purchase licensed program at any moment. Moreover, the customer does not need to save DVDs with programs or in a case with software – boxes from it that is very convenient.

¹http://itlaw.wikia.com/wiki/Digital_content.

But why are we talking about this kind of sale if it is so widespread and useful? We want to draw attention to one question: are legal relationships of digital content sale governed enough by our legislation? According to the pace of development of the sale via the Internet it will be one of the main kinds of sale soon. And consequently clear and overwhelming legal regulation is needed.

When we started working on our research we supposed that specific legislation for digital content sale in Europe and in the USA has already existed. Surprisingly, it does not. So, there is specific legal regulation for this kind of sale neither in Russian Federation, nor in the USA and Europe. Thereby, it is supposed that the digital content sale should be governed by general provisions of the Civil Code of Russian Federation¹ about sale and provisions of the Code of Laws of the United States of America². Of course, it is not enough for the full-fledged kind of sale and due to this fact some questions arise.

So, what are the most important issues about the digital content sale via the Internet?

First of all, from what time goods are considered to be delivered to the customer? According to the Civil Code of Russian Federation³ goods are always paid in the same moment when they are delivered to the buyer and also they can be paid before the time they are delivered to him. In a case of digital content sale the buyer firstly pays for a product and then receives it. It is a very simple scheme but there are some specific aspects.

Virtually, the seller does not grant the buyer the right of property on this product but the right to download this product on the buyer's computer or other device. In this kind of sale the period of time when the buyer downloads a product is extended. And due to this fact we need to distinguish the moment when the buyer acquires the right to download the product and the right of property on this product.

The first one appears when the web-site of the seller provides the buyer a link for downloading of the file or starts the process of downloading by itself. The second one appears when the buyer successfully downloads the product on his computer or other devices. Neither an unfully downloaded file, nor an unloaded at all one or a distorted product in this kind of sale is a delivered product. In these cases only the first right appears and because of its not full implementation the second right does not appear.

So, the question is: how the contract is implemented? Usually, services afford us a link to download a product. On the one group of web-sites this link is valid only for one use, on the others – the buyer after entering his account has a right to download an already paid product for unlimited amount of times.

¹Гражданский Кодекс РФ .Ч. 2 от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

²The Code of Laws of the United States of America 1926 (updated 2010) <http://www.law.cornell.edu/uscode/>.

³Гражданский Кодекс РФ. Ч. 2. от 6 января 1996 г. N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

Android-market, Microsoft.com and Steam allow us to download a product as many times as we need. In the meantime, Nokia Ovi allows us to do this only once. When the seller uses the second scheme sometimes he is depriving the buyer from the right of property on this product. When the Internet is acting up or the electricity goes off the buyer cannot successfully download the file and in the case with the second scheme he do not have an opportunity to download this product once again.

To our mind, it will be very convenient and sensible to establish a rule for all sellers that the buyer can download an already bought product as many times as he needs.

As a proof that such a rule is implementable and convenient we want to give you an example. The system of games trade Steam allows the registered user to download the game as many times as he needs. The problem of piracy in this case does not appear, because the user needs to enter his account every time he wants to play.

Secondly, which kind of digital sale contract form is appropriate? The general provisions are applicable in this case. Everything is clear until the time when the price of the product exceeds the limit stated in legislation. According to the Civil Code of the Russian Federation¹ in case of sale when the price exceeds 10 000 rubles parties to the contract must draw up a written contract. Such situation may appear in the software sale sphere.

In the digital content sale we cannot make a written contract signed by both parties. It is simply impossible due to the fact that the seller is in the one corner of the world and the buyer – in another one. If the seller gives any documentation concerning his product all these documents are in an electronic form. Is it possible in case of digital content sale to consider an electronic license agreement, for example, as proper form of a contract? To our mind, yes, we should consider it as an appropriate form of the contract because in the license agreement rights and obligations of parties, different specific features of the product are stated. Remoteness of parties from each other is the main reason to establish the rule on the electronic form of the contracts for the digital content sale in legislation.

Moreover, the problem of recognition of different documentation in an electronic form becomes very urgent in the Russian Federation. Lots of documents that used to exist only as a hard copy exist in an electronic form as well now. And it is obvious and logical to recognize them at the same extent as their hard copies.

In conclusion, we want to highlight that the digital content sale is new and fast changing institution of civil law. And the great purpose is to make clear rules for such kind of sale. We have already said that there is no specific legislation on this issue neither in the USA and nor in Europe. So, it is a good

¹Гражданский Кодекс РФ. Ч. 2. от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

opportunity to include special rules for the digital content sale in the new Civil Code draft that is being designed now.

Гражданское право

ОБ ИЗМЕНЕНИЯХ, ВНЕСЕННЫХ В СТАТЬЮ 1273 ГК РФ

Асташкевич Анастасия Николаевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Екатерина Николаевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Федеральный закон от 4 октября 2010 г. N 259-ФЗ "О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации" был опубликован в "Российской газете" 8 октября 2010 г. и вступил в силу 19 октября 2010 г. Этот Закон, проект которого был внесен в Государственную Думу Правительством Российской Федерации 24 мая 2008 г. (более двух лет тому назад), существенно изменил прежнюю редакцию статьи 1273, регулиующую вопросы свободного воспроизведения в личных целях¹.

Прежде всего стоит сказать, что принятие вышеуказанных изменений обусловлено не только несовершенством законодательства в области регулирования интеллектуальной собственности, но и мотивами приведения части 4 Гражданского кодекса Российской Федерации в соответствие с международными актами, такими как Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 года и соглашение ТРИПС с целью реализации обязательств, взятых на себя Российской Федерацией в рамках процесса присоединения к Всемирной торговой организации (ВТО)². Однако, проанализировав изменения, внесенные в статью 1273 Гражданского кодекса Российской Федерации, я пришла к выводу, что цель, которую ставил перед собой законодатель, не достигнута.

Итак, в первую очередь, статья 1273 Гражданского Кодекса Российской Федерации была изменена структурно: вместо одного абзаца она разбита на два пункта, в результате чего устранена ранее допущенная

¹ О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации: ФЗ от 4 октября 2010 г. № 259-ФЗ // Российская газета. 2010. 8 октября.

² Заключение комитета Совета Федерации по правовым и судебным вопросам по Федеральному закону «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации», принятому Государственной Думой 24 сентября 2010 г.

ошибка в п. 1 ст. 1275, в котором сделана ссылка на ранее не существующий п. 1 ст. 1273 ГК РФ.

Кроме того, ст. 1273 ГК РФ дополнена п. 2, согласно которому авторы, исполнители, изготовители фонограмм и аудиовизуальных произведений имеют право на вознаграждение, предусмотренное ст. 1245 Кодекса, в случаях, когда воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений осуществляется исключительно в личных целях, т.е. установлена взаимосвязь статей 1273 и 1245 Гражданского кодекса Российской Федерации, что, предположительно, позитивно скажется на практике сбора вознаграждения за копирование в личных целях.

Также следует отметить, что ранее первая часть статьи 1273 предусматривала, что без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения допускается "воспроизведение гражданином исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения". Далее указывалось несколько случаев, когда такое свободное воспроизведение не может осуществляться. Изменение, внесенное в этот текст, заключается в том, что перед словами "исключительно в личных целях" добавлено еще одно условие: "при необходимости". И теперь указанная общая норма читается так: "1. Допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение гражданином при необходимости и исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения"¹.

Термин "при необходимости" не определен в законе, смысл его не конкретен, расплывчат² и допускает различные толкования. На мой взгляд, очевидно, что неопределенность правовой нормы не позволяет обеспечить ее единообразное понимание и порождает противоречивую правоприменительную практику, а этого достаточно для признания такой нормы не соответствующей Конституции РФ, о чем неоднократно указывалось в постановлениях Конституционного Суда РФ³.

Поскольку закон носит общий характер, его действие распространяется как на правоотношения в Сети, так и вне Интернета. Применительно к Сети принятые поправки означают, что любой пользователь, скачивающий и воспроизводящий контент из Сети, может оказаться нарушителем закона. При этом, согласно ст. 1270 ГК РФ, «запись произведения на электронном носителе, в том числе запись в память ЭВМ, также считается воспроизведением», а для записи в память

¹ Гражданский кодекс РФ. Ст. 1276 // СПС «Консультант плюс».

² Заключение Общественной палаты Российской Федерации по результатам общественной экспертизы проекта федерального закона № 63587 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса РФ» // СПС «Консультант плюс».

³ Заключение правового управления аппарата Совета Федерации Федерального собрания РФ по Федеральному закону «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса РФ», принятому Государственной Думой 24 сентября 2010 г. // СПС «Консультант плюс».

компьютера, как известно, достаточно всего лишь зайти на страницу с контентом. Наказание же за нарушение прав правообладателя предусмотрено серьезное: штраф в размере от 10 тысяч рублей до 5 млн. рублей либо лишение свободы на срок до двух лет.

Все же и по ранее действовавшему законодательству и, по-видимому, теперь действия гражданина-пользователя являются законными. Однако измененная норма устанавливает, что такие действия по свободному использованию могут осуществляться лишь при том непременном условии, что имеется необходимость их совершения. Но необходимость (нужда, потребность) определяется самим гражданином-пользователем: если у него нет необходимости (потребности) делать копию (электронную или бумажную) произведения, он и не будет на это тратить время и деньги (деньги - это хотя бы стоимость бумажной копии). В этой связи данную новеллу Закона объяснить очень трудно, а, по моему мнению, просто невозможно.

К тому же указанное основание осуществления прав на воспроизведение дословно не упоминается ни в Бернской конвенции, ни в других международных актах. В связи с этим возникает вопрос: действительно ли прообразом статьи 1273 является бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 года и соглашение ТРИПС? При детальном анализе международных актов в сфере интеллектуальной собственности все-таки удастся найти предпосылки включения в вышеуказанную норму критерия «при необходимости». Согласно п. 1 ст. 1273 допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение гражданином при необходимости и исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения. Следует особо отметить, что в упомянутую выше норму включен данный критерий якобы для ее соответствия ст. 13 Соглашения ТРИПС. Приведу полный текст этой статьи: «Страны-члены устанавливают ограничения или изъятия в отношении исключительного права в определенных особых случаях, которые не наносят ущерба нормальному использованию произведения и не ущемляют необоснованным образом законные интересы правообладателя». Однако указанные в данной статье "определенные особые случаи" относятся ко всем ограничениям исключительного права на произведение, которые применительно к России закреплены в ст. ст. 1272 - 1280 ГК РФ, а не только к ограничению согласно ст. 1273, притом в таком искаженном виде¹.

¹ Заключение Комитета Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству по проекту федерального закона № 63587-5 «О внесении изменений в часть четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, внесенному Правительством РФ // СПС «Консультант плюс».

Завершает перечень изменений и дополнений, относящихся к статье 1273 Гражданского кодекса Российской Федерации следующее:

Пункт 1 статьи 1273 Гражданского кодекса Российской Федерации допускает воспроизведение без согласия автора и без выплаты вознаграждения при необходимости и в личных целях ПРАВОМЕРНО обнародованного произведения. Вместе с тем статья 1268 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляет, что обнародование – осуществление действий, которые впервые делают произведение доступным для всеобщего сведения. Однако п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации" расширительно толкует пункт 1 статьи 1273. Так, согласно пункту 34 постановления нарушением исключительного права на произведение является изготовление одного экземпляра произведения или более, осуществленное с контрафактного экземпляра либо при неправомерном доведении до всеобщего сведения (в том числе при неправомерном размещении в сети Интернет)¹. Таким образом, скачивая файл из сети, пользователь должен быть уверен, что данный экземпляр размещен правомерно. Возникает ряд вопросов: насколько реализуема норма в том виде, в котором она истолкована в постановлении? Насколько допустимо в данном случае расширительное толкование, ведь постановлением фактически увеличивается число случаев, которые будут считаться нарушением законодательства в области интеллектуальной собственности?

Подводя итоги анализу изменений, внесенных в статью 1273 Гражданского кодекса Российской Федерации, следует сказать, что Федеральный закон № 259-ФЗ был принят только спустя 2 года после внесения законопроекта в Государственную думу Российской Федерации. Столь длительный срок обсуждения и принятия закона не случаен. Еще на стадии законопроекта вносимые изменения стали предметом споров как в доктрине, так и среди правоприменителей. Кроме того, Общественная палата Российской Федерации, правовое управление аппарата Совета Федерации, Комитет Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, давая заключения к законопроекту, посчитали, что законопроект требует доработки, необходимо привлечение специалистов в области интеллектуальной собственности. Однако законопроект был принят без внесения каких-либо изменений, более того, за его принятие проголосовало 408 депутатов.

¹ Пункт 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ" // СПС «Консультант плюс».

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ АГРАРНЫХ ОТНОШЕНИЙ В СНГ

Байжуманова А.М.,
Жетысуский государственный университет
им. Ильяса Жансугурова

Регулирование аграрных отношений в странах Содружества Независимых Государств (СНГ) и иных странах, расположенных на постсоветском пространстве, характеризуется поиском новых форм хозяйствования и сочетания свободы и ограничений предпринимательства на земле, внедрением наряду с административными гражданско-правовых способов воздействия. Гражданский кодекс Республики Беларусь (ст. 45) установил обязательное указание в учредительных документах юридического лица его деятельности, в том числе в области аграрно-производства. Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями его деятельности, признается судом недействительной (ст. 17). В соответствии с положением о государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования (в ред. 2007 г.) юридическое лицо может указывать виды деятельности в заявлении о регистрации; если организация хочет заниматься новыми видами деятельности, не названными в учредительных документах либо в заявлении о регистрации, она обязана до начала ее осуществления письменно уведомить об этом регистрирующий и налоговые органы. При нарушении этих требований деятельность субъектов хозяйствования прекращается (п.6 положения).

Быть может такое ограничение правоспособности сельскохозяйственных организаций служит в ряде случаев тормозом в их аграрной деятельности, но известен довод и о том, что хозяйствование на земле должно ограничиваться целевым и рациональным ее использованием охраной земель, особенно сельскохозяйственных угодий.

Согласно примерному уставу колхоза (сельскохозяйственного производственного кооператива) Республики Беларусь 2001 г. колхоз заключает договоры, осуществляет права и ведет те виды деятельности, которые отвечают целям его организации. Основными задачами колхоза являются: предпринимательская деятельность, направленная на обеспечение республики продуктами питания, иными товарами, сельскохозяйственным сырьем; создание условий для экономического развития колхоза (п. 8). Колхоз признается организацией частной формы собственности, а не государственной.

Постановлением кабинета министров Республики Беларусь утверждено Положение о порядке заключения контрактов с руководителями сельскохозяйственных предприятий негосударственной формы собственности (в ред. 2007г.), где стороной выступают местные

исполнительные и распорядительные органы. Согласно п. 91 примерного устава колхоза, согласовываются с райсполкомом.

В Украине в развитии аграрной реформы большое значение уделяется возрождению аренды земель сельскохозяйственного назначения, запрещенной в 1937 г. Центральное место в регулировании аренды земли принадлежит Конституции 1995 г., Гражданскому и Земельному кодексам, а также Закону Украины «Об аренде земли».

Гражданский кодекс (гл. 33) наряду с арендой предусмотрел с 2004 г. *эмфитевзис*-право на земельный участок сельскохозяйственного назначения на неопределенный срок на основании гражданско-правовой сделки. Эмфитевзис делает право собственности на земельный участок почти номинальным и в большей степени гарантирует права сельхозпроизводителя, нежели аренда.

В Республике Казахстан, как и в других государствах на постсоветском пространстве, оказывается правовая поддержка крестьянским (фермерским) хозяйствам и другим институтам аграрного права. Основополагающими нормативными правовыми актами в этой области являются: Закон от 31 марта 1998 г. «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», Земельный кодекс 2003 г., Гражданский кодекс, Закон «О земле», указы и послания президента республики и другие акты, создающие основу для функционирования крестьянских (фермерских) хозяйств, использования и охраны ими земли, регулирования важнейших общественных отношений, в том числе аграрных и включенных в них земельных отношений.

Реформы в Республики Казахстан XXI в. направлены, как это отмечается в указанных и иных нормативных правовых документах, на развитие рыночно ориентированной аграрной отрасли экономики, определение ее новых направлений и приоритетов, преодоление исключительно административных мер регулирования и негативных социально-экономических и экологических последствий предыдущего периода 1990-х годов в условиях чрезмерного динамизма и противоречивости аграрного, земельного и иного законодательства республики. Как и другим странам на постпространстве бывшего Саюза ССР, Казахстану предстоит преодолеть социально-психологические, административные и иные препятствия для проведения рыночно ориентированной аграрной и земельно-правовой политики. В 1990-х годах устанавливалось соотношение государственной и частной собственности на землю и другие средства производства в аграрной сфере, отражались в правовых предписаниях суверенные права народа на природные ресурсы, задачи устойчивого развития, обеспечение баланса общенациональных и частных интересов. В современный период главными, по мнению ученых, становятся проблемы обеспечения стабильности и преемственности аграрного законодательства, его упорядоченности и предупреждения

пробелов, коллизий и противоречий; повышения эффективности аграрного производства; определения степени применения публичных средств правового воздействия, необходимых для обеспечения приоритетности частных интересов¹.

Показателем аграрных преобразований в Республике Казахстан стало развитие крестьянских хозяйств, которым в 1990 г. предоставили право пожизненного наследуемого владения землей, в 1995 г. – право постоянного и отчуждаемого землепользования, в 2001 г.- право временного землепользования.

Закон 1998 г. под крестьянским хозяйством понимает семейно-трудовое объединение лиц, в котором осуществление индивидуального предпринимательства неразрывно связано с использованием земель сельскохозяйственного назначения для производства сельскохозяйственной продукции, а также с переработкой и сбытом этой продукции.

Крестьянское хозяйство функционирует в трех формах:

- семейное предпринимательство, основанное на базе общей совместной собственности с созданием крестьянских хозяйств. Здесь отношения супругов регулируются нормами брачно-семейного, гражданского законодательства, брачным договором. Нерешенным остается вопрос о возрасте детей, с которого они могут быть членами крестьянского хозяйства;

- личное предпринимательство с созданием крестьянского фермерского хозяйства, т.е. частного предприятия индивидуального предпринимателя;

- предпринимательская деятельность в форме простого товарищества на базе долевой собственности на основе договора о совместной деятельности с созданием фермерского хозяйства в соответствии с Законом от 19 июня 1997 г. «Об индивидуальном предпринимательстве» и гл. 12 ГК РК.²

Актуальны для Казахстана, как и для России, проблемы обеспечения земельных прав при изъятии участков для государственных нужд, где государство не должно злоупотреблять лоббированием бизнес-проектов, а обязано использовать рыночные механизмы, справедливую компенсацию потерь собственника, ограничить свое неоправданное и незаконное вмешательство в землевладение и землепользование, равно как и

¹ См.: Амирханова И.В. правовое обеспечение предпринимательства на основе крестьянского (фермерского) хозяйство. Алматы, 2004; Хаджиева А. Проблемы теории земельного права Республики Казахстан в условиях становления и развития рыночных отношений: автореф.дис. д-ра юрид.наук. Алматы, 2005; Абдраимов Б.Ж. Аграрное, экологическое и земельное право:проблемы теории и практики. Алматы, 2009.

² См.: Еркинбаева Л.К. Правовое регулирование деятельности крестьянского хозяйства. Алматы, 2000; Жетбисбаев Б. Аграрное право Республики Казахстан. Общая часть..

установить пределы частной собственности на землю в соответствии с ее функционально-целевым назначением.

По Конституции Республики Казахстан 1995 г. (п.3 ст. 6) земля находится в частной собственности на условиях и в пределах, установленных законодательством. Приемлемыми процедурами разрешения земельных споров признаются административная и внесудебная, призванная быть оперативной и не предрешающей судебный исход рассмотрения дела.

В судебном порядке рассматриваются вопросы изъятия земель в случаях их конфискации и изъятия участка, не используемого по назначению или используемое с нарушением законодательства.

В числе прав и обязанностей собственников земельных участков и землепользователей есть право на залог участков, к которому применяются правила об ипотеке недвижимости, если иное не установлено законодательством республики. Залогодателями и залогодержателями могут быть физические и юридические лица.

Залог неделимого земельного участка, находящегося в общей совместной собственности или в общем совместном землепользовании, допускается при наличии письменного согласия всех участников общей собственности или общего землепользования.

В Земельном кодексе предусматриваются:

- порядок и условия залога участка, на котором имеются здания и сооружения;
- ограничения залога земельного участка;
- передача в залог государственными землепользователями участков, принадлежащих на праве постоянного пользования;
- передача в залог участков, выкупаемых у государства в частную собственность в рассрочку.¹

В Казахстане осуществляется взаимодействие императивного и диспозитивного методов регулирования при приоритетности разрешительных средств, установление особых требований по сравнению в общегражданскими к возникновению имущественных, аграрных, земельных отношений, предпринимаются попытки трансформации сугубо публичной отрасли аграрного права в частно-публичную отрасль права.

В настоящее время в Республике Казахстан аграрное и земельное право не стало исключительно частноправовым; оно сохранило в общественно значимых случаях публичный контроль и надзор, а также другие формы публично-правового воздействия на участников аграрных правоотношений.

¹ См.: Стамкулов А.С., Стамкулова Г.А. Земельное право Республики Казахстан: учеб. пособ. Алматы, 2004; Абдраимов Б.Ж. Проблемы совершенствования процессуальных форм реализации норм земельного права. Алматы, 2001; Амирханова И.В. Реализации права собственности и иных вещных прав в предпринимательской сфере: научно-практический комментарий действующего законодательства Республики Казахстан. Алматы, 2004.

В государствах Содружества Независимых Государств обоснованно увязываются развитие и совершенствование аграрного законодательства с целями обеспечения провозимости и реализации провозглашенных прав физических и юридических лиц, изучаются причины и способы предупреждения правонарушений в аграрной сфере. В актах правового регулирования развития сельского хозяйства немало места уделяется организационным, экономическим и даже моральным факторам с преамбулами, декларациями и призывами, содержащимися в законах.

Законодательство призвано оперативно реагировать на изменения в экономике и обществе и обязано быть главным регулятором и стабилизатором общественных отношений. Законотворчество не должно становиться самоцелью, оно лишь начальная стадия осуществления режима законности и наведения порядка в регулируемых правом сферах общественных отношений, включая аграрную. После принятия законов необходимы их опубликование, разъяснение, организационно-исполнительская, контрольно-надзорная и юрисдикционная формы деятельности, привлечение к юридической ответственности.

Фетишизация законов, длительное время пропагандируемая в средствах массовой информации несведущими политиками, приносит немалый вред обществу, отвлекая общественное мнение от трудностей их использования, проблем соблюдения и применения нормативных предписаний. Обеспечение эффективности и стабильности действия многих правовых актов, а не их постоянная изменчивость - вот главная задача сегодняшней правовой системы стран-членов СНГ.

ЗАЩИТА ПРАВ ДОБРОСОВЕСТНОГО ПРИОБРЕТАТЕЛЯ ПРИ СОВЕРШЕНИИ СДЕЛКИ НЕУПРАВМОЧЕННЫМ ОТЧУЖДАТЕЛЕМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РФ И ФРГ

Боженова Мария Владимировна,
студентка 4 курса,
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шишмарева Татьяна Петровна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Положение добросовестного приобретателя на протяжении веков представляет собой одну из наиболее спорных проблем в науке гражданского права. Вопрос о защите прав добросовестного приобретателя

движимого имущества имеет исключительно важное практическое и теоретическое значение, поскольку сложность этого вопроса заключается, во-первых, в том, что любое его решение предполагает пожертвование интересами одной из сторон, во-вторых, вопрос добросовестного приобретения права собственности представляется проблематичным еще и потому, что в этом случае статичная функция вещного права и связанная с этим охрана имущества попадают в конфликт с динамичной стороной защиты делового оборота и защиты доверия при заключении сделок¹.

Далее рассмотрим этот вопрос на примере двух законодательств: Российской Федерации и Федеративной Республики Германия.

Сначала обратимся к истории. Римское право не знало такой правовой фигуры, как добросовестный приобретатель. Владелец вещи должен был в любом случае вернуть ее собственнику, если он приобрел ее от неуправомоченного лица, независимо от того, принимал он это лицо за собственника или нет, и невзирая на то, было ли владение свободно передано собственником или нет. В Древнем Риме действовало правило: «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*»², согласно которому никто не мог стать собственником в момент приобретения вещи у неуправомоченного отчуждателя, но при соблюдении ряда условий он мог приобрести право собственности по давности владения (*usucapio*). Наравне с римском правом германское право является вторым по важности источником современных правил в области приобретения права собственности на движимые вещи от неуправомоченного отчуждателя. Принцип „*Hand wahre Hand*“ (рука за руку отвечает) существует и по сей день в доктрине немецкого права. В обоснование названного принципа можно сослаться на один из наиболее древних источников – *Billwaärder Landrecht*, датированных концом XIV века. В нем было записано 6 способов, с помощью которых лицо могло потерять или сохранить свою собственность: в трех из них он мог виндицировать, в других – не мог. Тремя случаями, когда лицо не могло вернуть собственность, являлись отношения по хранению, аренде и займу. Если хранитель, заемщик, арендатор передавали вещь третьему лицу, собственник не мог предъявить к нему требования, виной тому правило «где доверие свое потерял, там его и ищи»³. Другими случаями, в которых лицо имело право виндицировать, были, во-первых, грабеж, во-вторых, потеря вещи из-за небрежности собственника и кража вещи третьим лицом⁴.

На рубеже XVII-XVIII вв. многие правовые школы отрицательно относились к добросовестному приобретению движимого имущества и непоколебимо стояли за римское учение о виндикации. На рубеже XIX-XX

¹ Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb. S. 1.

² Ulpian, Digesta 50, 17, 54; Olzen. Zur Geschichte des gutgläubigen Erwerbs // Jura. 1990. S. 505.

³ Thorn. Der Mobilienerwerb vom Nichtberechtigten. Baden-Baden. S. 39.

⁴ Olzen. S. 507.

веков тема добросовестного приобретения права собственности становится еще более актуальной. Среди *противников приобретения права от неууправомоченного лица* Б.Б. Черепяхин выделяет Л. Петражицкого, П. Соколовского, А. Менгера, К. Биндинга, которые называли приобретение права собственности добросовестным приобретателем конфискацией частной собственности¹. Среди *сторонников неограниченной защиты добросовестного приобретателя* следует упомянуть А. Кобана, он исходит из того, что если вещь находится в фактическом обладании несобственника, то в лице добросовестного приобретателя создается внешняя видимость собственности и безопасность оборота требует доверия к такому внешнему фактическому составу и допущения приобретения прав собственности от того лица, в пользу которого есть лишь внешняя видимость права. Теорию доверия к внешнему фактическому составу поддерживал и И.А. Покровский².

Как видно из истории, понятие «добросовестность» уже давно известно праву. Однако содержание этого понятия не всегда было однозначным и по-прежнему остается различным для каждой правовой системы. Легальное определение понятия «добросовестность» в немецком законодательстве содержится в BGB в негативной формулировке: согласно абз. 2 § 932 BGB приобретатель является недобросовестным, если ему было известно или вследствие грубой неосторожности не было известно, что отчуждатель не является собственником. Уже из смысла нормы следует, что добросовестность зависит не только от позитивного знания обстоятельств, но и правовой оценки положения собственности³. § 366 HGB дает более узкое определение – добросовестностью является и заблуждение лица в том, что отчуждатель имел право распоряжения вещью, это касается только коммерческих сделок, в которых хотя бы одна сторона – предприниматель⁴.

Гражданский кодекс РФ определения понятия «добросовестность» не содержит. Сложность его определения обусловлена прежде всего тем, что добросовестность отражает некую систему сложившихся в обществе представлений о нравственности поведения субъекта права в гражданском обороте, а нравственность, в свою очередь, определяется через общественное понимание добра и зла⁵. Добросовестность (понятие, применимое для определения статуса добросовестного приобретателя) – это качество, неприменимое к обладателю права и имеющее свое действие

¹ Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут. С. 241.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Петроград. 1917. С. 188.

³ Münchener Kommentar / Oechsler. München. 2006. §932 Rn. 38; Staudinger / Wiegand. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin. 2004. §932. Rn. 41.

⁴ Wolf/Wellenhofer. Sachenrecht. München. §8 Rn. 22; Bauer / Stürner. Sachenrecht. München. §52. Rn 29.

⁵ Богданова Е. Добросовестность участников договорных отношений как условие защиты их субъективных гражданских прав // Хозяйство и право. 2010. №2. С. 112.

против того, кто действует правомерно¹. Концепция изменений гражданского законодательства также не содержит определений «добросовестности». Е. Богданов под добросовестностью участников гражданских правоотношений, в том числе для целей ст. 302 ГК РФ, предполагает понимать «субъективную сторону их поведения, то есть когда они не знали и не могли знать о правах третьих лиц на соответствующее имущество или об иной своей неуправомоченности»². Судебная практика свидетельствует о том, что к субъективной стороне недобросовестности помимо умысла (приобретатель знал) относится также неосторожность. Немецкое законодательство легально закрепило, что к недобросовестности относится грубая неосторожность.

В российском праве сложилась презумпция недобросовестности, которая нашла свое отражение в п.37, 38 постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 №10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», где говорится, что добросовестный приобретатель «вправе доказать, что он приобрел имущество возмездно...» и что «он не знал и не должен был знать о неправомерности отчуждения имущества продавцом, в частности принял все разумные меры для выяснения правомочий продавца на отчуждение имущества». Согласно формулировкам §§ 932 I 1, 933, 934 BGB приобретатель, который ссылается на добросовестное приобретение имущества, не должен доказывать свою добросовестность, она презумируется³.

Приобретение права собственности добросовестным приобретателем в немецком праве основывается на 2 принципах: абстракции и разделения. Согласно принципам речь пойдет о 2 видах сделок: обязательственной (*Verpflichtungsgeschäft*) и распорядительной (*Verfügungsgeschäft*). Обязательственная сделка является основой обязательства, она проявляется в виде договоров купли-продажи, аренды, займа. Сделки, которые непосредственно право передают, изменяют, обременяют или отменяют, называют распорядительными сделками. Особенность распорядительной сделки составляет, во-первых, ее абстрактный характер, который проявляется в том, что ее стороны не должны знать или согласовывать ее основание (внутренняя абстрактность) и в том, что ее действительность не зависит от действительности обязательственной сделки (внешняя абстрактность). Распоряжаться может лишь тот, кто уполномочен на это, кто имеет полномочия на распоряжение; такие

¹ Скловский К. К вопросу о применении понятий добросовестности и основы правопорядка и нравственности // *Хозяйство и право*. 2005. № 8. С.140.

² Богданов Е. Категория добросовестности в гражданском праве // *Российская юстиция*. 1999. № 9. С. 42-45.

³ *MüKo/Oechsler*. § 932. Rn 8.

полномочия, как правило, имеет непосредственный владелец прав¹. Отсутствие распорядительной власти приводит к недействительности традиции (передачи вещи) как распорядительной сделки. В немецком праве обязательственная и распорядительная сделки обособлены друг от друга и разделены (принцип разделения). Принцип абстракции расширяет принцип разделения². Под принципом абстракции понимают правовое разделение обязательственной и распорядительной сделок: обязательственная сделка может быть действительна, а распорядительная сделка - недействительна и наоборот³. На основе недействительной обязательственной сделки может быть возвращена действительно переданная в собственность вещь согласно § 812 I BGB (неосновательное обогащение), так как исполнение из-за недействительности обязательственной сделки без правовой каузы не происходит. Если договор купли-продажи, напротив, действителен, в то время как сделка по переходу собственности недействительна, приобретатель может требовать на основе обязанности продавца из договора выполнения действительной передачи права собственности как исполнения.

Для российского права данные принципы неприменимы и их прямой перенос в отечественную правовую систему, на чем настаивают некоторые авторы, потребовал бы кардинального пересмотра всей отечественной концепции обязательственного и вещного права.

Для добросовестного приобретения права собственности (по немецкому праву) необходимо, чтобы выполнялись прежде всего условия приобретения права собственности через сделку⁴, а отсутствующее право на распоряжение вещью дополняется через добросовестность приобретателя⁵. Согласно §929 S.1 BGB право собственности на движимые вещи передается через соглашение (Einigung) и передачу вещи (Übergabe). Соглашение между отчуждателем и приобретателем – прежде всего абстрактный вещный договор, который может быть выражен в любой форме. Через такое соглашение должно быть явно выражено согласие сторон на передачу права собственности на конкретно определенную движимую вещь конкретному приобретателю. Передача вещи – реальный акт, не содержащий волеизъявлений сторон. Требуемая по § 929 S.1 BGB передача вещи выражается следующим образом: владение вещью переходит к приобретателю от отчуждателя по инициативе последнего⁶. Передача вещи действительна при соблюдении двух условий: субъективного и объективного. Отчуждатель должен полностью

¹Hau Trennungs- und Abstraktionsprinzip, ungerechtfertigte Bereicherung. Die Vorlesung vom 12. November 2007. Universität Passau.; Musielak, Rn 224-225.

²Petersen Jura 2004, 98ff.; Hütte/Helbron, Rn. 75.

³Brox / Walker. AT des BGB. München. Rn .118 – 119.

⁴MüKo / Oechsler. § 932. Rn. 6.

⁵Staudinger / Wiegand. § 932. Rn .10.

⁶Там же.

отказаться от своего владения, а приобретатель, наоборот, приобрести это владение. Согласно § 929 S.2 BGB для приобретения права собственности достаточно лишь соглашения (Einigung) о передачи собственности, если приобретатель уже является владельцем вещи (голое соглашение). В интересующем нас случае, когда вещь не принадлежит отчуждателю, приобретатель приобретает вещь в собственность добросовестно, если владение он получил непосредственно от отчуждателя¹. Как уже было сказано выше, принцип абстракции и принцип разделения чужд для российского права, однако ряд ученых, в частности, Д. О. Тузов разделяют обязательственную сделку (сам договор) и передачу вещи, как его исполнение. Договор порождает между сторонами только обязательственные отношения, что касается перехода права собственности, то для его наступления необходима также передача вещи, представляющая собой двустороннюю сделку – акт исполнения договора, в момент которого и переходит право собственности. Следовательно, отчуждатель должен обладать правом собственности на момент исполнения договора (п.1 ст.223 ГК РФ)².

Следующим обязательным условием приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя является наличие у приобретателя добросовестности, о чем выше уже подробно говорилось. §§ 932-934 BGB связывают добросовестность приобретателя только с тем, что он считает отчуждателя собственником, но существуют 2 исключения. Первое исключение касается торгового права, а именно § 366 I HGB³, где защита добросовестности распространяется также и на предположение о наличии у отчуждателя полномочия на распоряжение вещью. Второе исключение делает возможным добросовестное приобретение права собственности от уполномоченного лица, у которого отсутствует право распоряжения вещью. Для признания приобретателя добросовестным решающим критерием является временной период, а именно: «приобретатель должен быть добросовестным к тому времени, к которому он приобрел бы собственность по всем условиям», т.е. добросовестность приобретателя должна существовать до выполнения последнего акта приобретения. Нормы, регулирующие приобретение права собственности добросовестным приобретателем, не ограничиваются только названными статьями BGB, они регулируют и приобретение заложенного имущества, приобретение через уступку права требования, приобретение права собственности через опосредованное владение.

Приобретатель может стать собственником в случае, если вещь «передается» ему от отчуждателя и он к этому времени действует

¹ BGH NJW. 2005. 359.

² Тузов Д.О. Реституция при недействительности сделок и защита добросовестного приобретателя в российском гражданском праве. М.: Статут, 2007. С. 185, 195.

³ HGB Zivilrecht und Wirtschaftsrecht. 2010. 19. Auflage.

добросовестно (§933 BGB). В этом случае стороны договариваются о том, что вещь остается у отчуждателя, а приобретатель получает косвенное владение (§930). Но здесь применим также § 929 S.1 BGB, по которому добросовестность должна быть в момент передачи вещи, следовательно, практически для добросовестного приобретения предыдущая договоренность о фактическом владении вещью отчуждателем теряет какой-либо смысл и не несет в себе никаких изменений результата¹. Такое косвенное или опосредованное владение ГК РФ не предусматривает.

Немецкое законодательство предусматривает и приобретение права собственности добросовестным приобретателем через уступку права требования (§934, 931 BGB). В случае, если передаваемая вещь находится во владении у третьего лица, по § 931 собственник может уступить приобретателю право требования на эту вещь. Если отчуждатель и приобретатель решили воспользоваться именно этой формой передачи вещи, добросовестное приобретение от неуправомоченного отчуждателя по § 934 BGB будет иметь место в том случае, если неуправомоченный отчуждатель является косвенным владельцем или вообще таковым не является². Существенным условием является то, что между отчуждателем, косвенным владельцем и третьим лицом, непосредственным владельцем, должны существовать отношения фактического владения.

Российский ГК также предусматривает конструкцию сложного юридического состава, по которому добросовестный приобретатель может приобрести право собственности. В числе элементов этого состава называют владение, титул, добросовестность, сделку, имеющую лишь один изъян - отсутствие распорядительной власти у отчуждателя, вещь не должна быть похищена или утеряна и, кроме этого, еще возмездность приобретения. Что касается последнего, то немецкое законодательство здесь не делает различий. Вместе с тем (в отличие от BGB) ГК РФ связывает с выполнением этого состава лишь недопустимость виндикации вещи у добросовестного приобретателя, не указывая на то, что последний при выполнении перечисленных условий становится собственником. Таким образом, за добросовестным приобретателем зачастую не признается право собственности на приобретаемую вещь, которая в силу ст. 302 ГК не может быть у него истребована, при этом считается, что такой приобретатель становится собственником лишь по давности владения (ст.234)³. Ранее также считалось, что вещь, которую невозможно виндицировать по ст. 302 ГК, можно изъять посредством реституции. Постановление Конституционного Суда от 21.04.2003 г. разрешило эту проблему, запретив использовать в данном случае реституцию, п.35

¹ Musielak. Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach §§932ff. BGB // JuS. 1992. S. 718.

² Schreiber / Burbulla. Der gutgläubige Erwerb von beweglichen Sachen // Jura. 1999. S. 154.

³ Тузов Д.О. Продажа чужой вещи и проблема защиты добросовестного приобретателя в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2007. №1. С.6.

постановления Пленума ВС и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 г. подтверждает эту точку зрения.

Основываясь на вышесказанном, необходимо исследовать проблемы основания и момента возникновения права собственности у добросовестного приобретателя. Ст. 218 ГК устанавливает основания приобретения права собственности, среди которых договор купли-продажи, мены, дарения. О приобретении в собственность имущества лицом, соответствующим условиям ст. 302 ГК. ничего не говорится. В ст. 235 ГК предусмотрено, что право собственности прекращается при отчуждении имущества собственником, отказе собственника от права собственности, гибели или уничтожении имущества и при утрате права собственности на имущество в иных случаях, предусмотренных законом. Возможно, последнее как раз и относится к нашему случаю, однако здесь стоит определиться, является ли перечень оснований для прекращения права собственности исчерпывающим. Ряд авторов считает, что все основания содержатся только в главе 15, другие считают, что они содержатся не только там. В нашем случае собственник не утрачивает право собственности в силу отчуждения имущества неуправомоченным лицом. Получается замкнутый круг: право не может быть приобретено, поскольку оно не утрачено; утрачено оно не может быть, так как нет оснований его прекращения¹. Вернемся к сложному юридическому составу, согласно которому право собственности у добросовестного приобретателя возникает в момент «накопления» всех его элементов; практически право собственности возникает у добросовестного приобретателя в момент поступления вещи в его обладание². Этому взгляду часто противопоставляется мнение о том, что добросовестный приобретатель является незаконным владельцем и может стать собственником только по давности владения. Представители данного направления считают, что право собственности у добросовестного приобретателя может возникнуть только по давности владения и что до этого приобретатель является незаконным владельцем, а собственник, хотя и не имеет возможности виндикации, сохраняет на тот же срок право собственности. Одно из очевидных следствий будет сопряжено с тем, что добросовестный и недобросовестный приобретатель окажутся, во всяком случае, в первые пятнадцать (для движимого – пять) лет, в одинаковом положении³.

Абзац 4 п.13 нового постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ №10/22 от 29.04.2010г. наконец поясняет, что правила абз.2 ст.223 ГК,

¹ Хорсев И.М. Проблема возникновения права собственности у добросовестного приобретателя // Вестник ТГУ, выпуск 11. 2007. № 55. С. 290 – 292.

² Моргунов В. Добросовестный приобретатель – собственник или давностный владелец? // Хозяйство и право. 2008. № 5. С. 94.

³ Скловский К. Отношения собственника с незаконным владельцем и приобретательная давность // Хозяйство и право. 2001. № 5. С. 118.

касающиеся определения момента приобретения права собственности добросовестным приобретателем на недвижимые вещи, подлежат применению в силу п.1 ст.6 ГК (аналогия закона) при рассмотрении споров о правах на движимое имущество, т.е. право собственности на движимое имущество у добросовестного приобретателя возникает с момента возмездного приобретения имущества, за исключением предусмотренных ст.302 ГК случаев¹. Однако кроме как в постановлении Пленумов, это по-прежнему нигде законодательно не закреплено. Перенесение механизма, предусмотренного п.2 ст.223 ГК, на движимые вещи вполне логично. Явочным порядком он уже стал складываться и без официального провозглашения аналогии. Концепция развития законодательства о вещном праве вообще предлагает предусмотреть, чтоб правила о приобретательной давности не распространялись на отношения, связанные с приобретением права собственности у добросовестного приобретателя. Авторы концепции предлагают включить в главу отдельную статью, сформулированную следующим образом: «...добросовестный приобретатель признается собственником приобретенного им имущества, пока не доказано иное. При наличии судебного спора право собственности у него возникает в случае отказа собственнику в иске об истребовании имущества из владения добросовестного приобретателя и считается возникшим с момента приобретения имущества»².

Каковы же права добросовестного приобретателя, и насколько он защищен законодателем от законных действий собственника? На этот вопрос и ряд смежных вопросов однозначный ответ дать пока не представляется возможным. Однако, рассмотрев подробно права добросовестного приобретателя в немецком законодательстве, мы смогли увидеть, что в нем проблема защиты прав добросовестного приобретателя и защиты прав собственника решена без какого-либо ущемления прав одной или другой стороны. Что же касается российского законодательства, то здесь вопрос защиты прав добросовестного приобретателя остается открытым. Стоит отметить, что, несмотря на все отмеченные недостатки в обосновании защиты добросовестного приобретателя российскими учеными, в принятых нормативных актах, судебных актах, защищающих либо права собственника, либо права добросовестного приобретателя, трудно отрицать общую позитивную динамику совершенствования законодательства в этой области. Возможно, российским нормотворцам стоит обратиться к BGB как образцу, отлично справляющемуся с защитой добросовестного приобретателя, для того чтобы избежать ошибок, через которые европейское право уже прошло.

¹ О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой собственности и других вещных прав: Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. №10/22 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 6. С. 85.

² Концепция развития законодательства о вещном праве // Вестник ВАС РФ. 2009. № 4. С. 131 – 132.

**ПРИЗНАНИЕ ДОГОВОРА НЕЗАКЛЮЧЕННЫМ КАК СПОСОБ
ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ
(НА ПРИМЕРЕ СДЕЛОК С НЕДВИЖИМОСТЬЮ)**

Веревкина Светлана Геннадьевна,
студентка 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Качур Нина Фёдоровна
к.ю.н., доцент,
заведующая кафедрой гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

С каждым годом в судах Российской Федерации растет количество дел о признании договоров незаключенными. Эта тенденция свидетельствует о реальном существовании такого способа защиты как признание договора незаключенным. Однако до сих пор отсутствует его официальное закрепление, что в свою очередь приводит к отсутствию сформированной и единообразной практики по данной категории исков. Главная проблема, как представляется, состоит в постоянном смещении незаключенности договора с его недействительностью и в отрицании самостоятельности такого способа защиты, как признание договора незаключенным.

Существует два основных подхода относительно указанной проблемы. В соответствии с первым подходом ученые отрицают существование «незаключенного договора» как самостоятельного правового явления¹. Главным аргументом выступает признание несостоявшейся сделки несуществующим юридическим фактом.

Сторонники второго подхода - автономности понятия несостоявшейся сделки, утверждают, что незаключенный договор - это самостоятельное правовое явление.²

В данной работе обосновывается позиция разграничения спорных категорий и утверждение о том, что признание договора незаключенным является самостоятельным способом защиты.

¹ Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. С. 90 – 92; Савельева О.Ю. Недействительность сделок в гражданском обороте: теория и практика: дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2001. С. 36-37.

² См.: Садиков О.Н. Недействительные и несостоявшиеся сделки // Юридический мир. 2000. № 6. С. 8; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч. 1. / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2002. С. 423; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 2001. С. 309.

В многочисленных статьях ГК РФ упоминается формулировка «... договор считается (не считается) заключенным...» (ст. 432, 433, 465, 812 и так далее). Казалось бы, легальное закрепление категории незаключенности договора должно было прекратить все существующие споры относительно ее несуществования, однако отсутствие четких правовых механизмов и размытость формулировок, безусловно, приводит к многочисленным дискуссиям как в теории, так и на практике.

В одной из своих работ Е.А. Суханов выразил довольно острое замечание: «Смешение недействительных и незаключенных сделок уже давно не составляет никакой проблемы для сколько-нибудь квалифицированных юристов»¹. По мнению авторитетного цивилиста, в действительности незаключенные сделки являются юридически несуществующими, т.е. вообще не относятся к категории сделок. Вместе с тем приходится констатировать, что такое «смешение» допускается на каждом шагу, причем достаточно квалифицированными юристами и даже законодателем. Так, арбитражные суды первой и апелляционной инстанций сочли возможным применить к незаключенному договору последствия недействительности ничтожной сделки, поскольку ими было также установлено одно из оснований его ничтожности².

Для того чтобы внести ясность, в первую очередь необходимо определить основания признания договора незаключенным. Согласно положениям ГК РФ договор считается незаключенным в следующих случаях:

- когда сторонами не достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора (ст. 432, 465, 489, 554, 555, 558, 607, 654 ГК РФ);
- когда сторонами не производилась передача имущества по реальным договорам (ч. 2 ст. 433, ч. 3 ст. 812 ГК РФ);
- когда сторонами не произведена государственная регистрация, необходимая в силу закона для данного вида договора (ч. 3 ст. 433, ч. 3 ст. 560, ч. 2 ст. 651, ч. 2 ст. 658 ГК РФ);
- когда сторонами нарушены требования, предъявляемые к форме договора, если специальными нормами не предусмотрены иные последствия (ч. 1 ст. 432 ГК)

Второстепенное значение для разграничения недействительных и незаключенных сделок, как представляется, имеет следующее обстоятельство. Общим последствием признания договора незаключенным является то, что к такому договору не могут применяться способы защиты, применяемые в обычных договорных отношениях:

¹ Суханов Е.А. О диссертациях по гражданскому праву // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 257.

² Решение Арбитражного суда Пермской области от 02 августа 2001г. и Постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Пермской области от 04 октября 2001г. по делу № А50-14081/2000 // СПС «Консультант Плюс»: судебная практика.

- нельзя понудить к исполнению договора, признанного незаключенным, поскольку такой договор не порождает прав и обязанностей сторон;

- незаключенный договор не может быть изменен или расторгнут, потому что изменить или расторгнуть можно только заключенный договор;

- по признанному незаключенным договору, как не порождающему соответствующих прав и обязанностей, нельзя требовать взыскания договорных пеней, штрафов, неустоек в случае его ненадлежащего исполнения;

- по признанному незаключенным договору нельзя требовать и взыскания основного долга, ссылаясь на нормы договорного права; основной долг по такому договору может быть взыскан только в соответствии с нормами о неосновательном обогащении (глава 60 ГК РФ);

- по признанному незаключенным договору нельзя требовать взыскания убытков, связанных с отказом от исполнения (ненадлежащим исполнением) другой стороной такого договора;

- в отношении незаключенных договоров не могут применяться такие способы защиты гражданского права, как признание сделки недействительной и применение последствий ее недействительности, потому что недействительным может быть признан только заключенный договор¹.

При анализе оснований признания договора незаключенным, особый интерес вызывают правовые последствия смерти одной из сторон по договору, подписанному, но не зарегистрированному в соответствии с требованием закона. На первый взгляд может показаться, что ситуация не вызывает особых затруднений, поскольку договор, подлежащий государственной регистрации, считается заключенным с момента его регистрации (ч. 3 ст. 433 ГК). Следовательно, при несостоявшейся регистрации, даже по не зависящим от сторон причинам, договор является незаключенным. Однако в судебной практике данное обстоятельство вызывает определенные трудности.

В этой связи представляет интерес Определение ВС РФ о признании договора пожизненного содержания с иждивением незаключенным². В соответствии с указанным договором от 14.06.2007 г. Ш.М.И. - собственник квартиры (получатель ренты) передает в собственность Т. - плательщику ренты квартиру в обмен на полное содержание. 28.06.2007 г. Ш.М.И. умирает, при этом договор зарегистрирован в установленном законом порядке не был. Племянник Ш.М.И. предъявил иск к Т. об

¹ Родин Д. А. Налоговые риски признания договора незаключенным // Налоговый вестник. 2009. № 6. С. 162.

² Определение Верховного Суда РФ от 23 сентября 2008 г. № 24-В08-2 // СПС «Консультант Плюс»: судебная практика.

истребовании квартиры из чужого незаконного владения, сославшись на ничтожность договора. Т. заявила встречный иск о признании договора действительным и признании права собственности на квартиру. Решением арбитражного суда в удовлетворении первоначального и встречного исков было отказано. Дело было направлено на новое рассмотрение. При рассмотрении материалов дела по надзорной жалобе племянника Ш.М.И. ВС РФ установил: «Договор пожизненного содержания с иждивением является незаключенным, поскольку договор не прошел государственную регистрацию, поэтому права собственности на квартиру, о которой возник спор, у Т. на основании указанного договора не возникло, и удовлетворение судом встречного иска противоречит закону». Такое толкование и применение норм является убедительным и полностью соответствует положениям ГК о моменте заключения договора. Кроме того, к данной ситуации не применима ч. 3 ст. 596 ГК РФ, по которой договор, устанавливающий ренту в пользу гражданина, умершего к моменту заключения договора, ничтожен. Поскольку данная норма применяется только к тем случаям, когда договор пожизненной ренты заключен в пользу третьего лица, а также необходимо учитывать тот факт, что только заключенный договор может быть признан ничтожным.

Если вышеприведенный пример наглядно продемонстрировал необходимость признания договора незаключенным как единственное законное решение, то можно рассмотреть иную ситуацию, которая не подлежит такому однозначному толкованию.

Предположим, что стороны заключили договор ренты недвижимого имущества, подлежащего государственной регистрации. Договор был нотариально удостоверен и документы переданы на регистрацию. За три дня до получения свидетельства о праве собственности получатель ренты умирает. Регистрирующий орган, не знающий о факте смерти, регистрирует договор и переход права собственности. Таким образом, складывается ситуация, в которой договор юридически является заключенным, а фактически нет, поскольку на момент государственной регистрации, то есть на момент внесения записи в ЕГРП, одна из сторон по договору отсутствовала.

В данной ситуации могут быть предложены следующие способы защиты.

1) Признание записи в ЕГРП недействительной. Данный способ защиты является ненадлежащим. Государственная регистрация права собственности призвана удостоверить со стороны государства юридическую силу соответствующих документов. Заявляя требования о признании недействительной записи в ЕГРП, по существу оспаривается право собственности. В Постановлении от 28.04.2009 № 15148/08 по делу № А21-3607/2007 Президиум ВАС указал: «В ГК РФ, в Законе о регистрации, в иных законах не предусмотрен такой способ защиты, как

признание недействительным зарегистрированного права, Президиум приходит к выводу, что оспаривание зарегистрированного права на недвижимое имущество может происходить лишь с использованием установленных гражданским законодательством способов защиты, применяемых с учетом характера и последствий соответствующего правонарушения»¹. Кроме того, действия регистрирующего органа по внесению записи в ЕГРП могут быть обжалованы в судебном порядке при отсутствии спора о праве на объект недвижимости, поэтому в первую очередь должен быть разрешен спор о праве, поскольку на основании ч. 1 ст. 2 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»² зарегистрированное право на недвижимое имущество может быть оспорено только в судебном порядке.

2) Признание сделки недействительной. Здесь встает вопрос: по какому основанию признавать ее недействительной? Ни одно из оснований, предусмотренных § 2 главы 9 ч. 1 ГК РФ, не подходит.

3) Признание договора незаключенным и оспаривание права собственности, возникшего на основании регистрационной записи. В соответствии с законодательством это единственный целесообразный способ защиты в данном случае. Если заинтересованное лицо представит суду доказательства, что до государственной регистрации одной из сторон по договору уже не было в живых, то у суда не будет оснований отказать в признании такого договора незаключенным.

Такое решение вопроса будет полностью соответствовать действующему законодательству. Однако если ситуацию рассмотреть с другой стороны, то получается, что субъект при жизни выразил свою волю в надлежащей форме, а именно: подписал договор, сдал документы на государственную регистрацию, и дальнейшие действия регистрационного органа по внесению соответствующей записи в ЕГРП уже не зависят от волеизъявления сторон. Государственная регистрация - факт правоподтверждающий, а не правоустанавливающий. Эта проблема, как представляется, требует дальнейшего детального рассмотрения в рамках самостоятельного научного исследования.

Актуальность рассмотренной проблемы подчеркивает не только неоднозначность судебных решений по данной категории дел, но и тот факт, что на законодательном уровне был предложен вариант разрешения правовых коллизий. Так, в последней редакции Проекта Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» от 15 апреля 2011 года разработчиками было

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 апреля 2009 г. N 15148/08 по делу N A21-3607/2007 // СПС «Консультант Плюс»: судебная практика.

² О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: ФЗ от 21 июля 1997г. № 122-ФЗ // СЗ РФ. № 30. Ст. 3594.

предложено дополнить главу 28 Гражданского кодекса РФ статьей 446.¹ «Оспаривание заключенного договора». В соответствии с указанной статьей закрепляется возможность защитить свои гражданские права, обратившись в суд с требованием о признании договора незаключенным. При этом указаны случаи, в которых договор будет признан незаключенным: 1) сторонами не было достигнуто соглашение по условиям, определяющим предмет договора; 2) сторонами не было достигнуто соглашение по одному из иных существенных условий, и данное условие не может быть определено по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом, законом или иным правовым актом.

В статье учтены важные обстоятельства, в том числе суд вправе по заявлению другой стороны признать договор заключенным и определить соответствующее существенное условие договора, по которому не было достигнуто соглашение сторон при заключении договора с учетом необходимости обеспечить баланс интересов обеих сторон договора и исходя из требований разумности и справедливости. Такое положение, как представляется, является вполне обоснованным. При рассмотрении искового заявления о признании договора незаключенным по основанию несогласования существенных условий судебными органами должна признаваться презумпция существования договора, в результате которой незаключенным договор может быть признан только судом. Такие сделки являются оспоримыми, и в каждом конкретном случае суду необходимо давать толкование договору с учетом сложившихся обстоятельств.

В соответствии с ч. 3 ст. 446¹ Проекта: «Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору или иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания этого договора незаключенным, если иное не предусмотрено законом». И действительно, если стороны не согласовали существенные условия договора и вступили в фактические отношения по его исполнению, то в данном случае вряд ли можно констатировать, что отсутствовала общая воля сторон, направленная на возникновение гражданских прав.

Что касается последствий признания договора незаключенным, то ч. 4 ст. 446¹ Проекта закрепляет положение, в соответствии с которым к отношениям сторон, связанным с исполнением незаключенного договора, применяются правила об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (глава 60 Гражданского кодекса РФ).

Безусловно, комментируемый законопроект (в его рассматриваемой редакции) не разрешит всех противоречий, существующих относительно незаключенного договора, в частности, он не охватывает ситуации так называемой «неоспоримой незаключенности», в том числе при отсутствии государственной регистрации договора, в случаях смерти одной из сторон

¹ О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а так же в отдельные законодательные акты РФ: проект ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

до государственной регистрации. А главной проблемой является то, что законопроект не вносит изменений в ст.12 Гражданского кодекса РФ, которую необходимо дополнить таким способом защиты, как признание договора незаключенным.

ОСОБЕННОСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ НА УГОЛЬНЫХ ПРЕДПРИЯТИЯХ

Гарбузов Кирилл Андреевич,
студент 3 курса юридического факультета
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

Научный руководитель:
Гета Юлия Ростиславна,
доцент кафедры гражданско-правовых и
государственно-правовых дисциплин
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

Современный этап социально-экономического развития характеризуется стремительным научно-техническим прогрессом, который подразумевает динамику общественных связей, постоянно растущую технико-энергетическую вооруженность и усложнение процессов общественного производства. Все это, безусловно, порождает появление новых видов источников повышенной опасности, менее подконтрольных человеку, усложнение уже существующих.

В настоящее время в нормативно-правовых актах и в юридической науке нет общепризнанного определения понятия источника повышенной опасности.

Вследствие негативного воздействия источника повышенной опасности на человека или окружающую среду возникают деликтные обязательства. Особенность данных обязательств заключается в том, что они наступают независимо от вины причинителей вреда, если те не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего (п. 1 ст. 1079 ГК РФ). При этом вина потерпевшего, выразившаяся в неосторожности, не учитывается при возмещении расходов на восстановление здоровья человека, при возмещении вреда в связи со смертью кормильца, а также при возмещении расходов на погребение (п. 2 ст. 1083 ГК РФ).

Предприятия угольной промышленности – это предприятия, занимающиеся добычей угля (шахты и разрезы) и переработкой угля (обоганительные фабрики).

Наибольшую опасность для жизни и здоровья людей в процессе их производственной деятельности представляют шахты.

Поэтому в качестве примера предприятия угольной промышленности как источника повышенной опасности рассмотрим шахты.

Шахта - организация, независимо от организационно-правовых форм и форм собственности непосредственно осуществляющая добычу полезного ископаемого в пределах отведенной для нее части месторождения (горного отвода) и отгрузку его потребителю или обогатительной фабрике¹. Шахта включает в себя надземные здания, сооружения и совокупность горных выработок, предназначенных для разработки месторождения в пределах шахтного поля.

На основании статьи 2 Федерального закона от 21.07.1997 (ред. 27.12.2009), №116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» шахта относится к опасным производственным объектам и подлежит регистрации в государственном реестре в порядке, устанавливаемом Приказом Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору от 04.09.2007 № 606 «Административный регламент Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору по исполнению государственной функции по регистрации опасных производственных объектов и ведению государственного реестра опасных производственных объектов».

Кузбасс — один из наиболее значимых в экономическом отношении регионов России. Ведущая роль здесь принадлежит промышленному комплексу по добыче и переработке угля, железных руд и разнообразного нерудного сырья для металлургии и стройиндустрии. В бассейне эксплуатируются 58 шахт и 36 предприятий открытой добычи (угольных разрезов).

Угольная отрасль остается одной из наиболее проблемных в плане обеспечения промышленной безопасности. На угледобывающих предприятиях Кузбасса инспекторами Ростехнадзора зарегистрировано 119 случаев смертельного травматизма в 2010 году. Это на 87 случаев больше, чем в 2009-м. Всего же в прошлом году на российских шахтах произошло 22 аварии, погибли 135 человек. 17 из 22 аварий произошли в Кузбассе. Крупнейшей стала авария на кузбасской шахте «Распадская», где при взрыве 9 мая 2010 года погиб 91 человек – шахтеры и спасатели.

Большинство несчастных случаев допущено в ходе подземных горных работ (на шахтах). Всего на предприятиях горной отрасли Кузбасса в прошлом году зафиксировано 807 случаев производственного травматизма, то есть с плюсом в 150 случаев к уровню прошлого года.

¹ Угольная шахта / под ред. Смирнова В.П. М., 2005. С. 34.

Причину происхождения данных событий можно выявить, проанализировав высказывание главы Ростехнадзора Николая Кутыина. По его словам, «хоть какими-то мерами безопасности» оснащено всего 63 из 158 российских шахт. За 2010 год было выявлено свыше 81 тыс. нарушений на шахтах. Штрафным санкциям было подвергнуто более 8 тыс. организаций и их сотрудников.

Считается необходимым нормативно закрепить понятие источника повышенной опасности. Для того чтобы были известны виды деятельности, представляющие такую опасность. На данный момент предприятия угольной промышленности можно отнести к источникам повышенной опасности лишь путем логического анализа, а также сопоставления указанных выше нормативных актов.

В связи с этим представляется необходимым внести изменения в статью 9.1 КоАП РФ с целью закрепления более строгого наказания для юридических лиц, а именно отзыва лицензии и увеличения административного штрафа от 5 до 10 миллионов рублей.

В предупреждении правонарушений в области промышленной безопасности должен быть комплекс мер по усилению внутреннего контроля. Также следует широко пропагандировать соблюдение установленных в законодательстве требований промышленной безопасности.

При этом должны освещаться как карающие аспекты закона, так и его возможности по стимулированию законопослушного поведения. В особенности меры, предпринятые работником и способствующие устранению опасной ситуации для жизни и здоровья лиц, находящихся на угольном предприятии. Представляется, что в нормативном материале, памятках, инструкциях, посвящённых безопасности в угольной промышленности, основное внимание должно быть сосредоточено на правовых стимулах безопасного самосохранительного поведения работников угольных предприятий. Безопасность угольного производства должна перестать быть броским лозунгом, превратившись в долгосрочную перспективную инновационную стратегию развития угольной отрасли России.

Все вышесказанное подтверждает необходимость дальнейшего совершенствования системы управления на опасных производственных объектах, системы контроля и надзора, а также разработки концепции и последующего закрепления законодательной новеллы – правового режима безопасности угольных предприятий с целью обеспечения конституционных прав граждан на защиту жизни и здоровья.

ПРОБЛЕМА СООТНОШЕНИЯ ДОМЕННЫХ ИМЕН И СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Голубев Антон Юрьевич,
студент 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Яковенко Игорь Васильевич,
старший преподаватель кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Первоначально, с появлением Интернета, т.е. множества компьютеров и серверов, объединенных в сеть, каждый из них имел свой электронно-цифровой адрес (IP), что обеспечивало практически мгновенную передачу больших объемов данных между пользователями, живущими в разных странах. По мере расширения Сети использовать огромные цифровые значения электронно-цифровых адресов стало неудобно, и тогда была введена система доменных имен, не отменяющая при этом систему IP. Система доменных имен позволяет сопоставлять определенное символьное имя с конкретным IP-адресом в сети Интернет. Поэтому прежде всего доменное имя служит для адресации компьютеров в сети Интернет и расположенных на них информационных ресурсов (сайтов, серверов электронной почты, сетевых сервисов) в удобной для человека форме.

Доменное имя представляет из себя обозначение, состоящее из нескольких частей, называемых доменами и разделенных точками, вида domain3.domain2.domain1, где значения domain1, domain2, domain3 — домены первого, второго, третьего уровней соответственно, которые состоят из букв латинского алфавита, цифр и символа «-» (дефис). Старшим, наиболее приоритетным доменом считается домен первого уровня, находящийся в доменном имени справа, далее справа налево приоритет доменов падает. Например, fotki.yandex.ru: ru - домен первого уровня, yandex - домен второго уровня в домене первого уровня ru, fotki - домен третьего уровня в домене второго уровня Yandex.ru.

Доменная система в сети Интернет организована таким образом, чтобы обеспечить уникальность каждого доменного имени, т. е. не могут существовать два идентичных доменных имени с одинаковым количеством совпадающих доменов.

Существует несколько видов доменных имен в зависимости от порядка их регистрации. Различают так называемые международные (общие) домены верхнего уровня, которые управляются Корпорацией по

присвоению имен и номеров в сети Интернет (ICANN), и национальные домены верхнего уровня, управление которыми делегировано соответствующим национальным регистраторам, которые устанавливают правила регистрации в них либо сами, либо согласно указаниям органов власти соответствующих государств. В своем исследовании я буду касаться лишь российского домена верхнего уровня .ru (.su; .рф), так как на международные домены верхнего уровня и на национальные домены верхнего уровня других государств российское законодательство не распространяется.

В настоящий момент институт доменного имени практически никак не урегулирован в РФ, а те отдельные статьи, которые содержатся в четвертой части ГК РФ (подп. 5 п. 2 ст. 1484, подп. 4 п. 2 ст. 1519), не способны защитить права добросовестных владельцев доменных имен в том случае, если использование доменного имени не нарушает законные интересы организаций, обладающих правами на средства индивидуализации. Имеющиеся положения направлены в большей степени на защиту прав организаций на средства индивидуализации. Этого направления придерживается и судебная практика, выступающая на стороне обладателей прав на товарные знаки.

Четвертая часть ГК РФ первоначально включала в себя параграф, посвященный доменным именам как средствам индивидуализации (ст. ст. 1542 - 1551 проекта четвертой части ГК РФ), и тогда казалось, что Россия идет по пути многих развитых стран, которые не боялись вмешательства права в область интернет-технологий. Однако этот параграф был изъят из текста законопроекта.

В свою очередь ВОИС (Всемирная организация интеллектуальной собственности) еще в 1999 г. в своем докладе отмечала, что доменные имена приобрели значение средства индивидуализации, имеющего коммерческое значение, и в результате пришли в конфликт с системой средств индивидуализации, существовавшей еще до появления Интернета (в особенности с товарными знаками).

Легального понятия доменного имени, в котором был бы осуществлен синтез технической и гражданско-правовой природы домена, в российском праве не имеется. Однако разработкой определения доменного имени занимались и продолжают заниматься многие юристы. И среди них в целом сложилось единое мнение о том, что домен представляет собой самостоятельное средство индивидуализации с присущими только ему признаками и функциями. Определения различаются в зависимости от того, какую функцию доменного имени юристы выдвигают на первый план.

В связи с вышесказанным можно выделить три подхода к определению доменного имени:

- 1) технический.

Авторы технического подхода полагают, что доменное имя является словесным обозначением определенного ресурса (сайта), которое используется вместо цифрового адреса (IP) и которое конкретизирует путь к информационному ресурсу в телекоммуникационной среде путем адресации к определенному узлу Интернета. В рамках такого подхода главной в доменном имени является функция адресации, которая и обусловила создание системы доменных имен.

2) гражданско-правовой.

Согласно этому подходу доменное имя признается объектом, подлежащим отдельному гражданско-правовому регулированию и определяющей функцией доменного имени является индивидуализация информационных ресурсов, принадлежащих физическим и юридическим лицам в сети Интернет.

3) смешанный.

В соответствии с этим подходом под доменным именем понимается уникальное символьное имя, предназначенное для идентификации ресурсов в сети Интернет и выделенное в рамках системы адресации, которая признана национальной администрацией связи в качестве стандартной для использования в сети Интернет. Здесь мы видим синтез первого и второго определений.

В пункте 1 ст. 1542 проекта четвертой части ГК РФ доменное имя определялось как символьное обозначение, предназначенное для идентификации информационных ресурсов и адресации запросов в сети Интернет и зарегистрированное в реестре доменных имен в соответствии с общепринятым порядком и обычаями делового оборота. Сам домен - это область иерархического пространства доменных имен сети Интернет, которая обозначается уникальным доменным именем.

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 16.01.2001 N 1192/00 было выработано свое определение доменного имени, а именно указывалось, что доменные имена фактически трансформировались в средства, выполняющие функцию товарного знака и дающие возможность отличать товары и услуги одних юридических и физических лиц от однородных товаров и услуг других физических и юридических лиц. Кроме того, Президиум ВАС отметил, что доменные имена, содержащие товарные знаки или фирменные (в редакции Постановления - торговые) наименования, имеют коммерческую стоимость. Таким образом, российская арбитражная практика способствовала формированию определения домена, в котором был бы совмещен и гражданско-правовой, и технический подход.

Судебная практика многих стран признает доменные имена самостоятельным объектом права и средством индивидуализации, приравненным к объектам интеллектуальной собственности.

Суть конфликта доменных имен и средств индивидуализации, отнесенных к таковым ГК РФ, состоит в следующем. Поскольку при регистрации обозначения в качестве домена не проводится его сравнение с иными зарегистрированными средствами индивидуализации, нередко для доменов выбираются имена, сходные до степени смешения с известными товарными знаками, фирменными наименованиями, коммерческими обозначениями. При этом возможна и обратная ситуация, например, раскрытый домен регистрируется как товарный знак. В том случае, если и домен, и средство индивидуализации принадлежат одному лицу, использующему их в своей коммерческой деятельности, вопросов не возникает.

Более того, для предотвращения спорных ситуаций специалистами настоятельно рекомендуется одновременная регистрация обозначения и в качестве домена, и в качестве товарного знака. Однако не так уж и редко, в том числе и благодаря действиям недобросовестных пользователей, которые пытаются извлечь выгоду из существующей системы регистрации доменных имен, столкновения доменных имен и средств индивидуализации, возникают ситуации, когда у домена - один владелец, а у товарного знака - другой. Каждый из них может настаивать на том, что действия другого лица нарушают права законного владельца товарного знака или домена.

В ранее действовавшей редакции ГК РФ подп. 3 п. 9 ст. 1483 ГК РФ закреплял, что в качестве товарных знаков не могут быть зарегистрированы обозначения, тождественные доменному имени, права на которые возникли ранее даты приоритета регистрируемого товарного знака. Иными словами, если право на товарный знак имеет более поздний приоритет, чем противопоставляемое право, у владельца доменного имени есть возможность отстоять право на домен. Судебной практикой при разрешении споров учитывалось данное положение.

Однако последними внесенными изменениями² слова «доменному имени» были исключены из подпункта 3 п. 9 ст. 1483, и теперь время регистрации домена и товарного знака должно утратить значение в споре с правообладателями. Каким путем пойдет судебная практика, остается лишь предполагать (учитывая и то, что в законопроекте четвертой части ГК никаких изменений, посвященных доменному имени, на данный момент не предусматривается).

Вместе с тем исключительное право на товарный знак предполагает использование знака в сети Интернет, в том числе в доменном имени (пп. 5 п. 2 ст. 1484 ГК РФ). Тот же подход предусмотрен и в части исключительного права на наименование места происхождения товара (подп. 4 п. 2 ст. 1519 ГК РФ).

При этом 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.

Основания для заявления правообладателями своих прав приведены, в частности, в Постановлении ФАС Московского округа от 07.04.2010 N КГ-А40/2806-10. Он указал, что в предмет доказывания по доменным спорам входит установление следующих обстоятельств:

- принадлежат ли истцу исключительные права на товарный знак;
- является ли комбинированное обозначение, используемое ответчиком на своем веб-сайте, сходным до степени смешения с комбинированным знаком обслуживания истца;
- используется ли обозначение для продвижения тех товаров и услуг, которые включены в область охраны товарного знака, то есть однородных товаров и услуг.

О нарушении прав правообладателя свидетельствует их наличие в совокупности, что подтверждает судебная практика.

Например, в Постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.09.2007, 20.09.2007 N 09АП-10952/2007-ГК отмечено, что (исходя из п.3 ст. 1484 ГК), если домен не используется его владельцем для рекламы или предложения товаров и услуг, на которые зарегистрирован товарный знак, нарушение владельцем домена законных прав и интересов правообладателя товарного знака отсутствует.

Учитывая вышеизложенные обстоятельства, прихожу к выводу, что доменное имя на данный момент развития российского законодательства не рассматривается в качестве самостоятельного объекта интеллектуальной собственности. ГК РФ регулирует доменное имя в связи с использованием товарных знаков и наименований мест происхождения товаров исключительно в структуре способа адресации, а не в качестве самостоятельного средства индивидуализации. Что касается соотношения доменного имени с некоторыми объектами интеллектуальной собственности, то следует признать, что использование, а порой и сама регистрация доменного имени, содержащего обозначение, сходное или идентичное с каким-либо охраняемым средством индивидуализации, может вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности других лиц. В этом случае действия владельца доменного имени будут представлять собой нарушение исключительных прав правообладателя и кроме того будут являться актом недобросовестной конкуренции.

Однако объектом права всегда являются не только те общественные отношения, которые урегулированы объективным правом, но и те, которые в силу своей природы требуют правового регулирования со стороны гражданского права. Таковыми являются отношения по поводу доменного имени. Существуют все предпосылки на сегодняшний день к тому, чтобы

такой объект интеллектуальной собственности, как доменное имя, был представлен в российской правовой системе (в четвертой части ГК РФ). Эта возможность вытекает из Конвенции, учредившей ВОИС. Когда доменные имена будут представлены в четвертой части ГК РФ, тогда их владельцы получат надлежащую правовую защиту. Следовательно, выступая объектом субъективного права, доменное имя и права на него будут находиться под защитой закона.

Так, некоторые исследователи, изучающие обозначенную проблему, считают, что необходимо дополнить раздел VII части четвертой ГК РФ, озаглавленный "Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации", главой 78 под названием: "Право на доменные имена". В частности, в данной главе необходимо определить, что представляет собой доменное имя; дать понятие доменного имени, охарактеризовать права, которые приобретаются на доменное имя; указать, что исключительное право на доменное имя признается и охраняется в силу регистрации такого доменного имени. Учитывая, что обладатель права на доменное имя вправе распорядиться таким правом, в том числе путем заключения договора об отчуждении исключительного права на доменное имя и договора о предоставлении права использования доменного имени, в предлагаемой главе необходимо определить предмет и стороны данных договоров. В данной главе необходимо также определить случаи оспаривания и признания недействительным правовой охраны доменного имени, а также перечислить основания прекращения исключительного права на доменное имя.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СКРЫТЫХ БАНКОВСКИХ КОМИССИЙ

Дабаев Бато Аюрович,
студент 4 курса юридического факультета
Бурятского государственного университета

Научный руководитель:
Доржиева Светлана Владимировна,
старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса
Бурятского государственного университета

Проблема правового регулирования банковских комиссий на сегодняшний день является особо актуальной. Основной причиной установления кредитными организациями различного рода комиссий было стремление увеличить доходность продуктов потребительского кредитования при установлении небольших процентных ставок по кредитам. К сожалению, действующее законодательство практически не

регламентирует вопросы, связанные с установлением и взиманием банковских комиссий. Данная проблема могла / быть решена законом о потребительском кредитовании. Необходимость принятия такого закона осознана как банковским сообществом, так и государственными органами. На протяжении нескольких лет были разработаны несколько вариантов проекта закона о потребительском кредитовании, но до настоящего времени правовое регулирование потребительского кредитования является минимальным.¹

Действующее законодательство не раскрывает понятие «комиссия» и не определяет условия установления комиссий. Термин комиссия используется в статье 29 ФЗ «О банках и банковской деятельности», которая предусматривает возможность установления комиссионного вознаграждения по операциям. По своей правовой природе большинство действий, за совершение которых банки взимают комиссию, относится к действиям по оказанию услуг². Так как закон не предусматривает каких-либо критериев, позволяющих выявить законность тех или иных банковских комиссий, то только анализ судебной практики позволяет выявить критерий, которым руководствовался суд при определении законности установления комиссий. Судебная практика выработала следующий критерий: комиссия может рассматриваться в качестве законной, если она представляет собой плату за самостоятельную банковскую услугу. Такой подход использован в постановлениях Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 17 ноября 2009 г. № 8274/09 и от 2 марта 2010 г. № 7171/09³. В указанных постановлениях отмечается, что действия банка по открытию и ведению ссудного счета не являются самостоятельной банковской услугой, взимание платы за открытие и ведение ссудного счета незаконно.

Большое практическое значение имеет вопрос о последствиях квалификации комиссий в качестве необоснованных. Так, например ОАО Акционерный коммерческий Сберегательный банк РФ в лице Бурятского ОСБ № 8601/0169 до 19 апреля 2010г включал в кредитный договор п. 3.1, предусматривающий условие о взимании единовременного платежа (ТАРИФ) за обслуживание ссудного счета, открываемого в рамках исполнения кредитного договора. Заемщики оплачивали вышеуказанную сумму для получения денежных средств по кредитному договору⁴.

В постановлении Конституционного Суда РФ от 23.03.1999 № 4-П по делу о проверке конституционности положения части второй ст. 29 ФЗ от 03.02.1996 г. «О банках и банковской деятельности» указано, что гражданин является экономически слабой стороной и нуждается в особой

¹ Дубов И. Правовая природа комиссий, // <http://www.Bankir.Ru>.

² Белкина Е.А. Комиссия, кто её создатель? // Финансы и инвестиции. 2009. № 3. С. 46-49.

³ Вестник Высшего Арбитражного суда России. 2009. № 11.

⁴ Белкина Е.А. Комиссия, кто её создатель? // Финансы и инвестиции. 2009. № 3. С. 46-49 .

защите своих прав, что влечет необходимость ограничить свободу договора для другой стороны, т.е для банков. Договор является типовым, с заранее определенными условиями, а значит, заемщик как сторона в договоре был лишен возможности влиять на их содержание.¹

На основании ст. 30 упомянутого Закона Банк России указанием от 13.05.08 г. 2008-У «О порядке расчета и доведения до заемщика – физического лица полной стоимости кредита» определили полную стоимость процента годовых, в расчет которой включены в том числе и комиссии за открытие и ведение (обслуживание) счетов заемщика, однако правомерность их взимания этим указанием не определяется.

На практике одни заемщики (как ранее уплачивали заемщики Сберегательному Банку России на основании п.3.1 кредитного договора) уплачивают комиссии путем единовременного платежа, необходимого для получения денежных средств по кредиту. Другие же (например, заемщики банка Восточный Экспресс-Банк) оплачивают параллельно с основным платежом по кредиту и комиссию ежемесячно. В общем заемщики платят основной долг по кредиту, проценты и комиссию за обслуживание счетов, где в различных банках их могут назвать по-разному: платеж за открытие и ведение ссудного счета, плата за организацию кредита, комиссия за расчетно-кассовое обслуживание, комиссия за выдачу кредита, комиссия за обслуживание счета, комиссия за получение наличных денежных через кассу банка посредством снятия с текущего банковского счета заемщика (п.3.1.4 кредитного договора ОАО «Азиатско-Тихоокеанский Банк»).

Также заемщики уплачивают банкам комиссию за досрочное погашение кредита, комиссию за закрытие ТБС (текущего банковского счета). Так в п.2.8 Кредитного договора ОАО «АТБ» заемщик обязан уплатить комиссию за закрытие ТБС.

Как ранее было отмечено, законодательное регулирование взимания банковских комиссий не предусмотрено. Поэтому, обращаясь к судебной практике, мы выделяем следующее:

- комиссия за выдачу кредита является незаконным возложением на потребителей расходов, связанных с осуществлением банком действий, направленных на исполнение обязанностей банка в рамках кредитного договора; п.3.7 ст.3, п.5.2.3. ст. 5 договора банк предусмотрел свое право изменять очередность погашения задолженности и размер процентной ставки за пользование кредитом, что ущемляет права потребителя (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.05.09 № 178-119/Ф-02-2268/2009);

- комиссия за выдачу кредита, комиссия за досрочное погашение кредита не соответствуют нормам права. Каких-либо указаний на обязанность заемщика оплатить Банку комиссионное вознаграждение за

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 3.

услуги по выдаче Кредита ни Закон о банковской деятельности, ни другие нормативные акты не содержат. Взыскание иных удержаний (комиссионное вознаграждение предусмотрено в виде определенного процента) помимо процентов на сумму предоставленного кредита действующем законодательством не предусмотрено. (Постановление ФАС Московского округа от 15 июля 2010 г. № КА-А400 -7068-10 по делу № 150613-09-119-1073).

Согласно п. 2 ст. 810 ГК, если иное не предусмотрено договором займа, сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно. Досрочное исполнение договора нельзя признать неисполнением или ненадлежащим исполнением. Задолженности произведенного платеж, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем – проценты, а оставшиеся части – основную сумму долга. Включение Банком в договоры с потребителями комиссии за досрочное погашение кредита противоречит нормам Гражданского кодекса РФ, а потому данное условие ущемляет установленные законом права потребителей.

Выдача кредита – это действие, направленное на исполнение обязанности банка в рамках кредитного договора.¹ Согласно п.1 ст. 819 ГК РФ банк по кредитному договору обязуется предоставить заемщику денежные средства (кредит) в размере и на условиях, предусмотренных договором, а заемщик в свою очередь обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на нее. Порядок предоставления кредита регламентирован Положением ЦБ РФ от 31.08.09 №54-П «О порядке предоставления кредитными организациями денежных средств и их возврата (погашения)». П.2.12. названного положения предусматривает предоставление денежных средств физическим лицам – в безналичном порядке путем зачисления денежных средств на банковский счет клиента – заемщика физического лица, под которым в целях данного положения понимается также счет по учету сумм привлеченных банком вкладов (депозитов) физических лиц в банке либо наличными денежными средствами через кассу банка. При этом указанное положение ЦБ не регулирует распределение издержек между банком и заемщиком, которые необходимы для получения кредита.

Согласно п .1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

¹ Белкина Е.А. Комиссия, кто её создатель? // Финансы и инвестиции. 2009. № 3. С. 46-49.

Поэтому мы приходим к выводу о том, что платеж за открытие и ведение ссудного счета, плата за организацию кредита, комиссия за расчетно-кассовое обслуживание, комиссия за выдачу кредита, комиссия за обслуживание счета, комиссия за получение наличных денежных через кассу банка посредством снятия, комиссия за досрочное погашение кредита с текущего банковского счета заемщика ущемляют права потребителей и являются незаконными.

Налоговый кодекс РФ предусматривает сразу несколько оснований для учета в расходах по налогу на прибыль сумм, которые налогоплательщик заплатил банку за оказанные услуги¹. Во-первых, **подпункт 25 пункта 1 статьи 264 НК РФ** определяет, что к числу прочих расходов, связанных с производством и реализацией, относятся расходы на оплату услуг банков. Во-вторых, в состав внереализационных расходов включаются расходы на услуги банков.

За 2010 г. в Управление Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека по Республике Бурятия обратилось 60 человек по вопросам, связанным с незаконным взиманием банками комиссий за открытие и ведение ссудного счета. Безусловно, это минимальное количество тех заемщиков, права которых были нарушены Банками включением условий, ущемляющих их права потребителей. Управлением Роспотребнадзора по Республике Бурятия было привлечено к ответственности 5 банков по п. 2 ст. 14.8 КоАП РФ - Включение в договор условий, ущемляющих установленные законом права потребителя.

В ходе проведенного мной исследования данной проблемы я обращался к специалисту по финансовым вопросам Роспотребнадзора по РБ, анализировал действительное положение дел в Республике Бурятия по данной проблеме, изучал кредитные договоры различных банков и пришел к следующим выводам:

1) В действительности, как я убедился на практике, только обратившись путем подачи искового заявления в суд о защите прав потребителей и взыскании денежных средств, уплаченных банку за ту или иную комиссию, возможно вернуть уплаченные денежные средства. В Республике Бурятия только с ноября 2010 г. появилось достаточное количество прецедентов о взыскании денежных средств, уплаченных банку за открытие и ведение ссудного счета. Учитывая, тот факт, что ОАО Акционерный коммерческий Сберегательный банк РФ в Республике Бурятия пользуется особым доверием и «монополией» со стороны заемщиков, многие граждане опасаясь того, что банки откажут в дальнейшем в получении других кредитов, без объяснения причин, не обращаются в суд за защитой своих прав. Хотя банки не имеют законных

¹ Гупалова Т.Н. Учет расходов на оплату банковских комиссий // Бухучет в сельском хозяйстве. 2010. № 4. С. 20-24.

оснований для внесения таких данных в кредитную историю заемщиков. По нашему мнению, такое положение ущемляет права потребителей согласно ст. 16 Закона о защите прав потребителей.

2) На практике существуют проблемы, касающиеся пропуска исковой давности на взыскание денежных средств, уплаченных банку за открытие и ведение ссудного счёта. Так, например, часто Сбергательный банк РФ отказывает на том основании, что заемщиком пропущен установленный статьей 196 ГК трехгодичный срок исковой давности. При этом суды, отказывая по этому основанию в удовлетворении исковых требований заемщиков, не принимают во внимание тот факт, что граждане узнали о нарушении своих прав только с того момента, как Президиум ВАС РФ вынес постановление 17.11.2009 № 8274/09 и признал условие договора о том, что кредитная организация взимает единовременный платеж за открытие ссудного счета незаконно. Поэтому мы полагаем, что в случаях, применительно к взысканию денежных средств, уплаченных банку за открытие и ведение ссудного счёта, возможно восстановление срока исковой давности и его исчисление хотя бы с 17. 11.2009 г., так как до этой даты заемщики не могли знать о том, что взимание с них денежных средств произведено незаконно.

3) Как правило, на практике суды либо не удовлетворяют требования истца-заемщика о компенсации морального вреда в делах о защите прав потребителя и взыскании денежных средств, уплаченных банку за обслуживание ссудного счёта, либо компенсируют в размере 1000 рублей. Естественно, сумма определяется с учетом конкретных ситуаций. Так заемщик сначала обращается в банк, написав претензию, затем получает на неё отказ, обращается в суд, где такое относительно несложное дело затягивается представителями банка, ввиду того что юрист банка один на несколько филиалов и не может присутствовать по уважительным причинам на судебном заседании, что влечёт, как правило, отложение судебного заседания. Поэтому, мы полагаем, что компенсация морального вреда в сумме 1000 рублей слишком незначительна и размер компенсации должен определяться судом с учётом всех обстоятельств.

4) К сожалению, помимо реальной возможности взыскания денежных средств, уплаченных банку за открытие и ведение ссудного счета, в Республике Бурятия (как и по РФ) сложилась неоднозначная практика по поводу других банковских комиссий: зачастую истцы-заемщики не получают удовлетворение своих требований.

5) Роспотребнадзор не может повлиять на деятельность банков в части включения в кредитный договор различного рода комиссий (например, комиссию за закрытие банковского счета, комиссию за досрочное погашение кредита). Наложение административного штрафа в максимальном размере 20 000 рублей никак не препятствует дальнейшему включению этих и других комиссий в договор кредитования, а в суд станет

обращаться не каждый заемщик. При этом комиссии, имеющие одну суть, имеют в банках разные названия, тем самым еще более запутывая заемщика. Таким образом, отсутствие четкого правового регулирования взимания комиссий приводит к тому, что Роспотребнадзор самостоятельно не может признать те или иные комиссии ущемляющими права потребителей согласно ст. 16 Закона о защите прав потребителей (например, комиссию за закрытие банковского счета, комиссию за досрочное погашение кредита) и привлечь банк к ответственности. Остается только ждать обращения с иском в суд заемщиков, а Роспотребнадзор остается в стороне, так как только суд может признать ту или иную комиссию незаконной. Получается замкнутый круг.

Согласно п. 1 ст. 8 Проекта ФЗ «О потребительском кредите», опубликованному 11 ноября 2010 г. на сайте "Российской Газеты" помимо платежей по уплате основной суммы долга и процентов по нему кредитная организация вправе в договоре потребительского кредита установить следующие платежи:¹

- комиссии за открытие, ведение (обслуживание) банковских счетов заемщика (если их открытие и ведение обусловлено заключением договоров потребительского кредита), в том числе за расчетное, кассовое и операционное обслуживание.

Так, рабочей группой Ассоциации региональных банков России подготовлен Проект «О внесении изменений в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» и статью 10 Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей».² Где указано, что полная стоимость кредита включает все расходы заемщика, в том числе проценты, комиссии, вознаграждения и платежи иных видов, которые он обязан уплатить в связи с предоставлением кредита и о которых известно кредитору, за исключением нотариальных расходов. В расчет полной стоимости кредита, включаются в том числе платежи (комиссии) за выдачу кредита платежи (премии), взимаемые кредитором при включении в кредитный договор условия о праве заемщика требовать выплаты кредита по первому требованию в течение определенного срока (опционное условие), вознаграждения (комиссии) за открытие, ведение (обслуживание) банковских счетов заемщика, иные платежи в соответствии с тарифами кредитной организации.

По нашему мнению, в проекте имеет место лоббирование интересов Ассоциации Региональных Банков России.

С учетом вышеизложенного предлагаем следующие меры, направленные на защиту интересов заемщиков:

1) Необходимо принять Закон «О потребительском кредите» и внести соответствующие изменения в гражданское и банковское

¹ Текст проекта ФЗ «О потребительском кредите»: опубликован на сайте <http://www.rg.ru>.

² Текст проекта рабочей группы АРБ РФ опубликован на сайте <http://www.asros.ru>.

законодательство, делающие отношения банка и заемщика равноправными и справедливыми. Пробелы, существующие в законодательстве, не позволяют банкам максимально эффективно соблюдать баланс интересов заемщика и кредитора, особенно в сфере потребительского кредитования.

- В обязательном порядке должно быть закреплено раскрытие банками эффективной процентной ставки и графика платежей.

- В законе должна быть закреплена возможность досрочного расторжения договора заемщиком на первом этапе. Заемщик должен иметь так называемое «право на ошибку», а также возможность досрочного погашения кредита.

- В законе должна быть закреплена четкая законодательная регламентация критериев разграничения законности банковских комиссий.

2) Ввести паспорт кредита. Паспорт - это прозрачный документ для заемщика, в котором должны отражаться эффективная ставка по кредиту и комиссии банков за те или иные банковские операции.

Паспорт кредита должен содержать всю информацию: о кредиторе, условиях кредита, его стоимости и других особенностях.

ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗАКОНА КНР О ВЕЩНЫХ ПРАВАХ

Дай Ли,
студентка 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шишмарева Татьяна Петровна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Китай – это одна из самых древних стран в мире. Пятитысячелетняя история дала этой стране не только богатую культуру, но и сложную систему отношений в обществе, многочисленные обычаи и традиции. Последовательно произошедшие Вторая мировая война, восьмилетняя внутренняя война, стихийные бедствия (1959г – 1961г), культурная революция (1966г – 1976г) сильно сказались на развитии экономики этой страны.

Однако сегодняшний Китай в экономическом плане занимает второе место в мире. С момента начала развития экономики до её расцвета прошло не только 30 лет. Столь быстрое развитие экономики обеспечивается эффективными законами. К настоящему моменту КНР не располагает основным гражданским законом – кодексом. Безусловно, что

принятый в 2007 году Закон КНР о вещных правах¹ является важным шагом в процессе обновления системы китайского гражданского права. Согласно замыслу ожидается, что данный Закон в силу своей важности окажет воздействие на содержание иных аспектов правовой системы Китая. И можно считать, что момент обнародования китайского гражданского кодекса уже не далек. За последние 30 лет Закон КНР о вещных правах показал глубокие знания китайцев о социализме. Например, в ст.12 Конституции КНР (1982г) закреплено, что «социалистическая общественная собственность священна и неприкосновенна»; и в ст. 13указывается, что законная частная собственность граждан неприкосновенна. Очевидно, что согласно конституции приоритет защиты общественной собственности выше, чем защиты частной собственности. Однако в Законе о вещных правах гл.1 ст.4 сказано: «Равная защита вещных прав государства, коллектива и частных лиц». Это не значит, что Закон о вещных правах противоречит конституции. Хотя в Законе не приняты выражение «социалистическая общественная собственность священна и неприкосновенна», это не обозначает, что будут снижать критерий защиты общественной собственности, всего лишь усиливали защиту права частной собственности, поэтому данная норма как раз определяется изменением требований в отношении общества и граждан, и в свою очередь, отвечает интересам установления рыночно-экономического режима, при котором поощряются инвестиции иностранных предпринимателей, а так же происходит процесс непрерывного улучшения экономической системы в целом.

Рассмотрим основное содержание Закона КНР о вещных правах.²

Раздел I. Основные положения. Здесь закреплена политико-экономическая направленность Закона, раскрываются ключевые понятия «вещного права», регламентируется возникновение, изменение, переход, прекращение вещных прав, способы их защиты.

Раздел II. Право собственности. Он содержит главы о праве государственной, коллективной, частной собственности, об отграничении вещных прав соседствующих хозяев недвижимости – участков, строений, квартир и т.п. от права общей собственности. В этом случае в Законе часто используется понятие «соседские отношения».

Раздел III. Право узуфрукта. Посвящен не столько сервитутному праву как таковому, сколько регулированию подрядного хозяйствования в деревне, землепользованию при строительстве жилья, а также преимущественным правам на земле.

¹ Текст Закона см.: Жэньминь жибао, 2007. 2 марта.

² Пашенко Е. Г. Закон КНР о вещных правах // Цивилист. 2008. № 2. - С.11-12.

Раздел IV. Обеспечительное право. Достаточно подробно регламентирует различные виды залога (заклада) в контексте разграничения основного и залогового обязательств, дает перечень видов недвижимого и движимого имущества, которое может или не может выступать объектом залога.

Раздел V выделяет владение в качестве самостоятельного вещного права, делая ударение на способах его защиты.

Три принципа законодательства КНР о вещных правах:

1) Твёрдо придерживаться правильного политического курса, претворяя в жизнь систему общественной собственности как одну из основных, совместно развивая различные экономические системы собственности. Создать принципы равной защиты государственной, коллективной и частной собственности. Учитывать настоящие проблемы, в частности, с целью эффективного предотвращения потерь государственного имущества.

2) Учитывая общеполитическую обстановку в стране, обобщая реальный опыт политики реформ и открытости, а так же модернизации, определить экономическое развитие системы вещных прав в Китае. В отношении зарубежной системы вещных прав разрешается заимствование, но исключается её слепое копирование.

3) Основываясь на реальных фактах, разрешать круг важных и насущных проблем. Необходимо оставлять пространство для дальнейших реформ. Должным образом создавать связи между вещным правом и другими законами.

В свете таких принципов, очевидно, что Закон КНР о вещных правах целенаправлен на решение актуальных проблем, увеличение защиты государственного имущества в ходе реформ. Например, в ст.57 О защите государственного имущества говорится: п.1 защита от злоупотребления должностными полномочиями или халатности; п.2 защита от продажи имущества по заниженной цене, организации сговора с целью присвоения имущества, самовольного поручительства и иных действий в нарушение положений об управлении государственного имущества в ходе процессов реорганизации, слияния, разделения предприятий, сделок с взаимозависимыми лицами. Увеличение защиты имущества, принадлежащего частным лицам. Заостряя внимание на возможном ущербе при сносе частной собственности, в 42 статье Закона о вещных правах были зафиксированы особые правила отчуждения земли и недвижимости в общественных интересах и выплате компенсаций; ст.64 - Частные лица имеют право собственности на законные доходы, недвижимость, предметы быта, средства производства, материалы (сырьё) и иное движимое и недвижимое имущество; ст.66 - имущество частных лиц, полученное законным путем, находится под правовой защитой.

Захват, кража или нанесение ущерба имуществу частных лиц какими-либо организациями или частными лицами запрещено.

Исходя из вышесказанного, можно утверждать, что Закон КНР о вещных правах претерпел существенные изменения. Нововведения отражены в следующих трех аспектах:

I. Регулирование отношений.

В ст. 1 говорится, что целью принятия закона является определение принадлежности имущества и приведение в действие полезности имущества.

В ст. 2 закрепляется, что сфера регулирования настоящего Закона применяется к гражданским отношениям, возникающим из принадлежности и использования собственности. В сельскохозяйственном обществе человек производил всё необходимое для себя сам, сам выяснял отношения принадлежности имущества, отношения использования, решал проблемы принадлежности имущества и его использования. А в современном обществе все обстоит иначе. Обычно собственник сам не использует свое имущество, а передает право пользования другому лицу с целью высокоэффективного использования.

II. Объекты вещного права.

В ст.2 п.2 написано, что к "вещам" в настоящем Законе относятся недвижимое и движимое имущество. Это лишь классификация вещей, а не их определение. Это было сделано для того, чтобы понятие о вещах не ограничивалось лишь физически. Таким образом, понятие «вещи» стало шире, и потому этот Закон может защищать любой объект, попадающий под классификацию данного закона. К примеру, в Шанхае один номерной знак автомобиля стоит сорок тысяч юаней. Само собой разумеется, что на самом деле это не цена самого знака, а цена на его получение и ценность этого имущества не исчезает с уничтожением знака. Под классификацию данного закона так же попадает виртуальное имущество в интернете и т.п.

III. Модернизация права узуфрукта.

Статья 17. Владелец права узуфрукта в соответствии с законодательством имеет право владения, использования и извлечения прибыли из движимого или недвижимого имущества. В традиционных вещных правах права узуфрукта всегда установлены только на недвижимое имущество, а в Законе КНР о вещных правах было добавлена возможность установления права узуфрукта на движимое имущество, это означает, что расширилась сфера использования имущества и влияние вещных прав на использование имущества. Ст.117 Закона о вещных правах даёт пространство для введения новых прав пользования касательно движимого имущества.

Закон КНР о вещных правах не только модернизационный, но у него так же есть своя, присущая Китаю, специфика. Например, в Китае есть три формы собственности: государственная, коллективная и частная. В

частности, в узурфрукте существуют право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд: право использования земли под строительство; право использования земли в жилом секторе и патентные вещные права, отсутствующие в вещных правах других стран.

(1) **Право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд.**

Право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд – это особый вид китайского вещного права, которое было введено крестьянами. Основанием для появления такого вещного права стал тот факт, что китайские сельские земельные участки принадлежат коллективу, а крестьяне не имеют права собственности на них.

В момент становления социализма КНР не нашла другого подходящего способа, кроме как ввести систему народной коммуны, в которой обращалось внимание на масштаб и равенство распределения доходов. Активность крестьян была ограничена, что препятствовало развитию сельскохозяйственной экономики. В связи с этим позже крестьянами был создан прообраз права ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд - домашнюю систему ответственности за контракт (household-responsibility system) и они получили поддержку государства. Благодаря постоянному совершенствованию, не разрушая существующей формы коллективной собственности, было сформировано подходящее КНР и китайскому сельскому хозяйству вещное право. Оно не только способствует пониманию сельского хозяйства, защищает его права и интересы крестьян, но так же повышает активность в процессе сельскохозяйственных работ.

Рассмотрим чем данное право отличается от эфитевзиса. Во-первых, их основы различны. Право вечной аренды зиждится на отношениях между культиваторами и собственниками земельных участков. А право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд, основывается на принципе общественной собственности, при котором существуют отношения между подрядчиками и заказчиками, в которых подрядчик – это члены какой-либо организации-собственника земельного участка, являющиеся членами субъекта этого права собственности. Во-вторых, право вечной аренды является одной из юридических форм получения прибыли, при которой земельные участки используются собственниками земельных участков, преобладает эксплуататорский вид деятельности. А в праве ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд, люди, получающие прибыль от земельного участка, не только крестьяне, состоящие в подряде, но и все крестьяне данной экономической организации. За

счёт этого земельный участок используется более эффективно. Таким образом, между правом вечной аренды и правом ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд, существует разница в ведении хозяйствования. В-третьих, между данными видами прав существует разница в продолжительности. Так, право вечной аренды является бессрочным вещным правом. А право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд, возможно только в течение определенного периода времени(ст.126)¹. Исходя из вышесказанного, можно заключить, что право ведения хозяйственной деятельности на земле, полученной в подряд, не только отличается от права вечной аренды, но и от всякой системы частной собственности на пахотные земли в других странах.

(2) Право использования земли под строительство.

Право использования земли под строительство тоже является одним из оригинальных вещных прав Китая, которое было сформировано в процессе реализации политики реформ и открытости.

В Китае городские земельные участки принадлежат государству. При такой системе права собственности земельных участков огромной проблемой было решение вопроса о городской земле под жильё. В городе, где вся земля принадлежит государству, у каждого человека существует потребность в своём земельном участке, для строительства своего жилья и обустройства жизни. Для решения данной проблемы правительством Китая было создано Право пользования государственными земельными участками. В связи с этим Закон КНР о вещных правах был переименован в закон на право использования земли под строительство. Такое право не только защищает общественную собственность, но и стимулирует эффективное использование земельных участков. При получении права пользования земельным участком, существует два возможных пути, а именно: сдача земельного участка государством на предложенных условиях или выделение земельного участка государством. Вначале застройщик получает право пользования землей под строительство по форме договора сдачи земельного участка государством на предложенных условиях, затем осуществляет процесс строительства, а после продает жилплощадь(квартиры) городским жителям, которые, в свою очередь, получают право собственности на жильё, и право использования земли под строительство. Несмотря на то, что это право ограничено сроком в 70 лет, существует особое правило, за счёт которого устанавливается, что после истечения данного срока будет произведён снос и повторное возведение жилого здания. Такая практика не только полезна для эффективного

¹ Ст.126. Срок действия подряда на пахотные земли составляет 30 лет, пастбищные угодья – 30-50 лет. Срок действия подряда на леса составляет 30-70 лет; при утверждении компетентного административного ведомства по лесному хозяйству при Государственном совете КНР допускается увеличение срока действия подряда на леса с особыми породами древесины.

использования земли под строительство, но и обеспечивает защиту прав городских жителей.

В Законе КНР о вещных правах закреплены конкретные нормы и положения, для удовлетворения нужд промышленности (экономики), обороны и т.д.

(3) Глава 13. Право использования земли в жилом секторе

В деревне, для решения жилищных проблем, было применено право использования земли в жилом секторе. Каждый крестьянин вправе получить один земельный участок, который является коллективной собственностью, и получить право пользования земли в жилом секторе, которое не ограничено сроками и должно быть использовано только для строительства своего жилья. Крестьяне всегда обладают правом собственности в возведённых постройках. Судя по характеристикам, можно сказать, что право использования земли в жилом секторе также относится к праву, которое получает арендатор (*право на постройки и насаждения на арендованной территории*), однако право использования земли в жилом секторе основано на коллективной собственности деревенских земельных участков. Поэтому оно отличается от других прав, которые могут быть получены арендатором, и имеет свою специфику.

Несмотря на то, что перед принятием Закон КНР о вещных правах прошёл через четырнадцатилетний процесс исследования, обсуждения и предварения в жизнь, в нём всё же существуют недостатки и неточности, поэтому данный закон требует непрерывной работы над его усовершенствованием с целью его соответствия реальной обстановке в китайском обществе.

ПРАВООТНОШЕНИЯ ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ СКИДОК В РАМКАХ ДИСКОНТНЫХ СИСТЕМ

Зименко Ольга Анатольевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Яковенко Игорь Васильевич,
старший преподаватель кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Одной из важнейших задач эффективного и успешного хозяйствования предпринимателей является постоянное стимулирование потребительского спроса и тем самым увеличение объема продаж товаров,

работ и услуг. Наиболее распространенным вариантом стимулирования являются поощрения в виде системы бонусов и скидок от установленной цены на товар.

Скидки (англ. discounts) - суммы, уступаемые продавцом покупателю с целью расширения рынка сбыта и увеличения объемов продаж, покрытия или компенсации части неизбежных расходов покупателя.

Отсутствие понятия скидки в Гражданском кодексе и других гражданско-правовых актах создает определенные неудобства в практике их применения. Данное явление прямо законом практически не урегулировано, т.е. строго определённых правил предоставления скидок не существует.

В Государственном стандарте РФ Р 51303-99 дается понятие «Торговая скидка - скидка с цены товара, предоставляемая продавцом покупателю в связи с условиями сделки и в зависимости от текущей конъюнктуры рынка».

Свое определение скидки дал ФАС ЗСО в Постановлении от 21.08.2006 N Ф04-3446/2006(25284-А27-33): в договорных отношениях под скидкой подразумевается сумма, на которую снижается цена товаров при выполнении покупателем определенных условий.

Одними из самых распространенных оснований-способов для получения скидки в рамках принятой продавцом дисконтной системы могут быть: купоны на скидку; персональные пластиковые карты покупателя или клубные карты и карты продавцов-конкурентов; чек предыдущей покупки; скидка в особое событие для продавца или покупателя; случайным образом выбранная величина скидки из диапазона заданных величин скидки.

В настоящее время существует множество видов скидок, классифицированных по различным признакам (табл. 1)¹.

Таблица 1- Классификация видов скидок

Признак	Вид скидки	Краткая характеристика вида скидки
История закупок	Кумулятивные (накопительные) скидки	Снижение цены в случае превышения суммарной величины закупок на протяжении определенного периода (закупки могут состоять из маленьких по объему отдельных партий)
История закупок	Некумулятивные (разовые) скидки	Снижение цены из расчета одной закупки
Период действия	Временные скидки	Скидки предоставляются в течение определенного периода времени, но менее 1 года

¹ Семенихин В.В. Экономика скидок // Налоги. 2007. № 25 // СПС «Integrum»

	Долговременные (стратегические) скидки	Скидки предоставляются в течение определенного периода времени не менее 1 года с условием регулярности закупок
	Постоянные скидки	Скидки предоставляются на постоянной основе независимо от периода времени и регулярности закупок
Способ привлечения/удержания покупателя	Скидка за возврат	Снижение цены на остаточную стоимость ранее купленного и бывшего в употреблении товара у данного продавца с условием покупки нового товара у этого продавца
	Скидки за преданность (бонус)	Снижение цены на каждую покупку в течение определенного времени; предоставляются на индивидуальной основе
	Клубные скидки	Снижение цен на товары продавцами членам клуба
	Скидки для престижных покупателей	Снижение цены VIP-клиентам для дополнительной рекламы своего товара, предлагая им особые условия обслуживания
	Промоскидки	Скидки на пробные партии покупок нового товара или первую покупку. Цель - стимулировать нового покупателя
	Скидки за регулярность и устойчивость закупок	Цель - удержать покупателя на постоянной основе
Способ предоставления скидки	Скидки на фрахт	
	Скидка в виде беспроцентного или льготного кредита	
	Скидка в виде бесплатного сервисного обслуживания или дополнительных бесплатных услуг или образцов	
	Скидка в виде дополнительных подарков	
	Простые скидки	Скидки в виде материальных премий

В то же время не всегда однозначно можно ответить на вопрос, чем является скидка с точки зрения гражданского права.

Скидка может предоставляться путем изменения цены на товар. Гражданским законодательством предусмотрена возможность снижения первоначальной цены товара.

Условия договора купли-продажи в соответствии с общими положениями о договоре (ст. 424 ГК РФ) устанавливаются продавцом и покупателем самостоятельно. Пунктом 2 ст. 424 ГК РФ установлено, что после заключения договора купли-продажи цена на товар может быть

изменена только в случаях и на условиях, предусмотренных этим договором.

Таким образом, говоря о скидке в виде изменения цены, мы имеем в виду, что сначала стороны устанавливают в договоре одну цену, а потом ее изменяют по взаимному соглашению. Конечно, для такого соглашения должны существовать определённые причины и условия. В обычной ситуации продавец не заинтересован в изменении уже согласованной цены, так как теряет прибыль, и понудить его к предоставлению скидки можно только правовыми методами. Например, если сам договор содержит условия, определяющие, при каком поведении покупателя следует уменьшить цену (например, в случае досрочной оплаты товара, приобретенного в рассрочку и т.п.).

Необходимо учитывать, что цена с учетом скидки будет меньше, чем для других покупателей.¹ Возникает проблема обеспечения равных условий такого договора для всех потребителей. Из буквального толкования п. 2 ст. 426 ГК РФ можно сделать вывод о том, что указанная практика является недопустимой, поскольку влечет неравенство в определении конечной цены для разных потребителей. Законом предусмотрено одно исключение из указанного запрета - это предоставление льгот, указанных в законе и иных правовых актах (п. 2 ст. 426 ГК РФ). Однако при системном толковании данной нормы, в том числе во взаимосвязи с положениями п. 3 ст. 40 НК РФ, допускающей использование при определении рыночной цены обычных надбавок к цене или скидок, можно прийти к выводу о допустимости такой практики. Вряд ли обоснованно устанавливать запрет частным правом на те виды поведения, которые прямо разрешены публичным правом. Кроме того, основная цель ч. 2 ст. 426 ГК РФ заключается в создании равных возможностей для потребителей в заключении сделок и исключении необоснованной дискриминации. Таким образом, скидки, например, по дисконтной карте, допустимы, если карту предлагают приобрести на равных условиях всем обратившимся. В этом случае возможность получить дисконт имеется у всех и дискриминационных условий для потребителей нет. Правда, существуют случаи предоставления не предусмотренных законом скидок для отдельных категорий граждан - студентов (билеты в кино), пенсионеров (аптеки) и т.п. В этом случае эти категории получают формально не обоснованные преимущества перед другими потребителями в нарушение ст. 426 ГК РФ и затруднительно будет представить легальное обоснование для таких скидок.

Скидки, не связанные с уменьшением цены единицы товара могут рассматриваться с точки зрения ГК РФ как **прощение долга** покупателю, а иногда как дарение. На основании ст. 307 ГК РФ в силу

¹ Ильинова Т. Скидки. Бонусы. Премии. Найди десять отличий // Горячая линия бухгалтера. 2009. № 17. С. 18.

обязательства, вытекающего из договора купли-продажи товаров, покупатель обязан уплатить продавцу цену, определенную договором, а продавец имеет право требовать от него исполнения этой обязанности.

Гражданское законодательство позволяет продавцу простить покупателю сумму, которую он обязан заплатить продавцу товаров (либо часть суммы).

В НК РФ понятие "прощение долга" не определено, в связи с чем налоговики приравнивают в целях налогообложения операции по прощению долга к договору дарения. Однако такой подход представляется не совсем обоснованным по следующим причинам.

Во-первых, при прощении долга продавцу не требуется формального согласия покупателя. Решение об этом он принимает самостоятельно и извещает об этом своего партнера.

Во-вторых, если прощение долга может быть связано со встречными обязательствами должника. Если же прощение долга связано с выполнением должником каких-либо встречных обязательств, то говорить о безусловной безвозмездности характера сделки вряд ли представляется возможным. При этом предоставление скидки, как уже упоминалось, часто является реакцией на добросовестное поведение покупателя и надлежащее исполнение им своих договорных обязанностей.

Дарение же, напротив, представляет собой двусторонний договор, причем основным отличием его от прощения долга выступает отсутствие каких-либо встречных обязательств у одаряемого.

Исходя из всего вышеизложенного, скидка может быть квалифицирована как прощение долга, если, во-первых, из договора не вытекает, что скидка предоставляется путем снижения первоначальной стоимости единицы товара, во-вторых, при этом предоставление скидки может быть связано с определенными действиями покупателя. Квалифицировать скидку в качестве дарения можно, если второе условие отсутствует, т.е. покупатель для получения скидки не должен что-либо делать.

Скидка, не связанная с изменением цены товара, может быть предоставлена в период действия договора **в виде бонуса или премии**.

Вот как эти два понятия толкуются в различных словарях.

Премия - 1) вознаграждение одной из сторон, заключающих сделку, за выгодное для контрагента изменение ею условий сделки (торг.); 2) бесплатная придача, прибавление при покупке какого-нибудь товара, какого-нибудь количества товара (торг.)¹.

Бонус (от лат. bonus - добрый, хороший) - 1) дополнительное вознаграждение, поощрение, надбавка к выплате, премия; 2) дополнительная скидка со стоимости (цены) товара, предоставляемая

¹ Толковый словарь русского языка. 4 т. / под ред. Д.Н. Ушакова. М., 1935.

продавцом в соответствии с условиями договора о купле-продаже или постоянным покупателям ("Современный экономический словарь").

По сути, бонус и премия - понятия идентичные и могут предоставляться в двух видах: денежного вознаграждения или подарка.

При предоставлении подарка возможны два случая: покупатель приобретает товар и получает при этом скидку в размере цены еще одной или нескольких единиц того же товара; покупатель приобретает товар и бесплатно получает подарок, отличающийся от купленного товара.

В некоторых случаях продавец предоставляет покупателю премию в денежной форме. Обычно премия выплачивается при выполнении покупателем условия, определенного договором.¹ Можно считать бонусом «накопленные» покупателем на карте рубли (например, карта-копилка), так как их покупатель может потратить только при следующей покупке. В данном случае скидка предоставляется, но в рамках не данного, а будущего договора.

Стоит упомянуть, что бонусы бывают неимущественного характера – право назвать товар, присутствовать на какой-то церемонии, участвовать в акциях и конкурсах и пр.

Правило (совокупность правил), по которому потребителю в торгово-сервисной организации предоставляется скидка или другая льгота называется дисконтной программой (или схемой). Дисконтная карточка всегда работает в рамках определенной дисконтной программы.

Дисконтные программы публикуются в официальном каталоге в печатной или электронной форме, доводятся до потребителей через объявления, плакаты, буклеты и т.п., могут быть напечатаны на самой карточке. Фактически опубликованная информация о скидках и условиях их предоставления представляет собой **публичную оферту**, обращенную к потребителю.²

Дисконтные программы разделяются на простые и сложные. В *простых* скидка или иная льгота клиенту не зависит от его покупательской активности, но могут зависеть от суммы его разовой покупки.

Сложные в свою очередь, делятся на накопительные (или программы лояльности) и расчетные (или торговые) дисконтные программы. В программах лояльности скидка зависит от объема покупок потребителя в данной организации.

В расчетных (торговых) скидка зависит от величины средств потребителя, которые он предоставил организации в качестве займа или предоплаты за товары и услуги.

¹ Аипкин Семен. Скидки в торговле: особенности учета у продавца и покупателя // *Все для бухгалтера*. 2009. № 3.

² Дисконтные системы: терминология, классификация, стандарты деятельности на потребительском рынке. URL: <http://www.udc.com.ua/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=302>

Соответственно используемым программам дисконтные карты также делятся на простые дисконтные карты и карточки со сложным дисконтом, подразделяющиеся на карты лояльности и расчетные дисконтные карты.¹

Функционирование дисконтной системы с правовой точки зрения представляет собой последовательность сделок, то есть действий участников дисконтной системы, направленных на установление, изменение или прекращение их гражданских прав и обязанностей (правоотношений), связанных с предоставлением держателям дисконтных карт скидок при оплате ими приобретаемых товаров (работ, услуг). Можно выделить несколько наиболее типичных разновидностей дисконтных систем.

Закрытая дисконтная система - эта форма предполагает разработку торговой организацией правил (условий) предоставления скидок обладателям дисконтных карт. Такие правила следует рассматривать как условия договора **присоединения** (ст. 428 ГК РФ) о предоставлении держателю дисконтной карты скидки, определенные одной из сторон договора (оферентом). Другая сторона договора (акцептант) может их принять в целом и, следовательно, заключить договор, или отказаться от его заключения. Предложение о заключении такого договора адресуется торговой организацией покупателю путем вручения ему дисконтной карты, которая служит одновременно и доказательством получения этого предложения (оферты).

Полученная покупателем оферта не может быть отозвана. С момента предъявления дисконтной карты для получения скидки, договор считается заключенным. Такие действия будут считаться акцептом (п. 3 ст. 438 ГК РФ). Между организацией и покупателем устанавливается гражданское правоотношение, и у организации возникает правовая обязанность предоставить покупателю скидку.

Неправомерные действия участника дисконтной системы, построенной по описанной модели, влекут наступление неблагоприятных для правонарушителя последствий, в том числе применение к нему мер гражданско-правовой ответственности, предусмотренных ГК РФ или правилами предоставления скидок.

Дисконтная система на основе договора простого товарищества - эта форма юридической организации дисконтной системы предполагает заключение договора (договора простого товарищества) между торговыми организациями, занимающими равное положение, объединившими свои усилия (и имущественные вклады) для достижения общей цели.

По договору любой из товарищей может действовать от имени всех товарищей, если договором не установлено, что ведение дел

¹ Аверкова А. С. Проблемы внедрения монобрендовой программы лояльности // Маркетинговые коммуникации. 2007. № 5(41). С. 321-322.

осуществляется отдельными участниками либо совместно всеми участниками (ст. 1044 ГК РФ).

В первом случае любая торговая организация, участвующая в договоре, вправе на определенных договором условиях распространять дисконтные карты. Во втором - договором определяется одна или несколько организаций, которые обладают правом на выпуск и/или распространение дисконтных карт, а полномочия других ограничиваются.

Такой договор определяет условия предоставления его участниками скидок покупателям, требования, предъявляемые к участникам договора, порядок присоединения к договору и отказа от договора (участия в дисконтной системе). Сделки считаются совершенными от имени всех товарищей.

Достоинством данной дисконтной системы является солидарная ответственность товарищей по общим обязательствам (ст. 1047 ГК РФ).

Слабая сторона проявляется в ограниченности по объективным причинам числа его участников, то есть организаций, взявших на себя обязательства по предоставлению скидок и обладающих соответствующими полномочиями по выпуску дисконтных карт.

Дисконтная система с участием центральной некоммерческой организации, учрежденной торговыми организациями с целью координации их деятельности по предоставлению скидок и выпуску дисконтных карт и контроля за соблюдением общих правил предоставления скидок.

Получение прибыли не является целью деятельности такой организации. Такая центральная организация может существовать в форме некоммерческого партнерства и ассоциации или союза юридических лиц.

Некоммерческим партнерством является основанная на членстве некоммерческая организация, учрежденная гражданами и/или юридическими лицами для содействия ее членам в осуществлении деятельности, направленной на достижение некоммерческих целей (ст. 8 ФЗ "О некоммерческих организациях"). Она вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, соответствующую целям, для достижения которых она создана. Некоммерческое партнерство, являясь самостоятельным юридическим лицом, не несет ответственности по обязательствам его членов.

Ассоциация (союз) является объединением коммерческих организаций, созданным в форме некоммерческой организации в целях координации предпринимательской деятельности, а также представления и защиты общих имущественных интересов (ст. 121 ГК РФ). Члены ассоциации (союза) сохраняют свою самостоятельность.

Ассоциация (союз) не отвечает по обязательствам своих членов. Члены ассоциации (союза) несут субсидиарную ответственность по ее

обязательствам в размере и в порядке, предусмотренными учредительными документами ассоциации.

Как видно, более надежной формой гарантирования прав держателей дисконтных карт является *ассоциация*.

Дисконтная система с участием центральной коммерческой организации. Ее деятельность в основном направлена на распространение (сбыт) за плату дисконтных карт, выпуске совместных карт, размещению рекламы и прочей информации в каталоге о торгово-сервисных предприятиях.

Имея коммерческий статус, центральная организация привлекает к участию в дисконтной системе различные торговые организации, обеспечивая общую рекламную поддержку их деятельности, и реализует выпускаемые дисконтные карты как обычный товар.

Права и обязанности участников такой дисконтной системы возникают на основе определяющих порядок распространения дисконтных карт и предоставления по ним скидок договоров между центральной и торгово-сервисными организациями (которые являются в общем случае независимыми и не связаны участием); на основе договоров о предоставлении скидки между торгово-сервисными организациями и покупателями-держателями дисконтных карт, заключаемых на условиях, определенных едиными правилами предоставления скидок.

Теми же договорами предусматриваются меры ответственности сторон за невыполнение обязательств и способы контроля над соблюдением условий договоров.

Если дисконтная карта приобретается у **центральной организации**, то между ней и держателем дисконтной карты заключается договор, который может предусматривать ответственность центральной организации за неправомерный отказ торгово-сервисной организацией в предоставлении скидки.

При продаже дисконтной карты **третьей стороной** покупателю по **поручению** центральной организации у держателя карты устанавливаются правоотношения с самой центральной организацией. Центральная организация возлагает на себя обязанности перед держателем карты. Однако договор о приобретении карты, заключенный между покупателем и торговой организацией, действующей от собственного имени, не возлагает на центральную организацию обязательств перед держателем карты.

Ответственность центральной организации перед держателем карты за неправомерные действия торгово-сервисной организации наступает на основании договора между центральной и торгово-сервисной организациями.

Стороны договора в пользу третьего лица не вправе расторгнуть или изменять его с момента выражения третьим лицом должнику своего намерения воспользоваться предоставляемым правом.

Приобретая дисконтную карту, покупатель ознакомился с правилами предоставления скидок и условиями ответственности центральной организации, таким образом, его акт приобретения карты должен рассматриваться как акт выражения намерения воспользоваться всеми правами, предусмотренными этими правилами.

Однако, если в процессе функционирования дисконтной системы сведения о приобретении дисконтных карт покупателями не поступают в центральную организацию, центральная организация вправе изменять условия своей ответственности перед держателями карт до того момента, пока ей не будут предъявлены требования держателем дисконтной карты.

Кроме описанных возможно построение моделей дисконтных систем, сочетающих в себе элементы различных типов. С правовой точки зрения функционирование таких комбинированных типов дисконтных систем представляет собой описанные последовательности сделок их участников, но в тех или иных комбинациях.¹

С учетом изложенного можно сделать вывод о том, что правовое регулирование скидок и функционирования дисконтных систем строится на различных институтах гражданского права и дополнительно «обременяется» нормами публичного права (налогового и т.д.), что создает сложности во взаимоотношениях продавцов товаров и приобретателей. Однако в настоящее время не видится необходимости создания отдельного правового института, регулирующего отношения в области скидок. Достаточно будет внести дополнения в ст. 426 ГК РФ о возможности предоставления скидок на равных условиях и отдельно решить вопрос о скидках для некоторых категорий граждан.

¹ Дисконтные системы: терминология, классификация, стандарты деятельности на потребительском рынке. URL: <http://www.udc.com.ua/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=302>

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРА ЛИЗИНГА: АСПЕКТЫ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Канцер Юрий Александрович,
студент 4 курса юридического факультета
Волгоградской академии государственной службы

Научный руководитель:
Смиренская Елена Витальевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Волгоградской академии государственной службы

Как известно, экономическая обоснованность использования лизинга predetermined тем, что выигрывают и производители основных средств, осваивающие посредством этого механизма новые рынки сбыта своей продукции, и производственный сектор бизнеса, постигающий новый эффективный способ оснащения производственных фондов, и банковская система, приобретающая реальные объемы денежных ресурсов. Активное применение в предпринимательской деятельности финансовой аренды является необходимым условием успешного экономического подъема, обновления основных средств производства, умножения капитала¹.

Решая вопрос о месте финансовой аренды в системе гражданско-правовых договоров, необходимо учитывать элементы, по которым производится различие сделок и выделение их в самостоятельные типы: предмет, субъект, содержание. При сопоставлении договора аренды и договора лизинга видно, что принципиальные различия касаются, в том числе, предмета договора.

В юридической литературе можно встретить массу точек зрения относительно круга существенных условий договора финансовой аренды.² Однако все авторы без исключения, как того и требует норма в ст. 432 Гражданского кодекса РФ³ (далее – ГК РФ), единственно бесспорным признают условие о предмете.

Исходя из ст. 1 ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»⁴ (далее – Закон), российское законодательство в этом отношении регулирует передачу во временное владение и пользование физическим и юридическим лицам *любого непотребляемого имущества* (за

¹ Канцер Ю. А. Финансовая аренда – необходимое условие успешного внедрения экономических инноваций // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2011. № 1(24). С. 190-192.

² См., напр: Гражданское право. Т. 3: Обязательственное право. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2005.; Безуглая М.В. Существенные условия договора лизинга // Юрист. 2004. №11.; Нигаматзянов Т. Т. Существенные условия договора лизинга // Право и экономика. 2007. № 7.

³ Гражданский кодекс РФ. Ч. II от 26 января 1996 г. №14-ФЗ [ред. от 08.05.2010] // СЗ РФ 1996. № 5. Ст. 410.

⁴ О финансовой аренде [лизинге]: ФЗ РФ от 29 октября 1998 г. №164-ФЗ [ред. от 08.05.2010] // СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394.

исключением земельных участков и природных объектов), которое может быть предметом договора. Статья 3 Закона детализирует это законоположение, вводя примерный перечень таких вещей: оборудование, транспортные средства, предприятия, другие имущественные комплексы, здания, сооружения, другое движимое и недвижимое имущество.

Согласно ст. 666 ГК РФ, а также ст. 3 Закона предметом финансовой аренды *не могут быть*:

1. *земельные участки и другие природные объекты;*
2. *имущество, которое федеральными законами запрещено для свободного обращения или для которого установлен особый порядок обращения, за исключением продукции военного назначения и технологического оборудования иностранного производства.*

Последнее является логичным продолжением ч.1 ст. 129 ГК РФ, где объекты гражданских прав в зависимости от их оборотоспособности делятся на три группы: объекты, свободные в обороте; объекты, изъятые из оборота; объекты, ограниченно оборотоспособные. Примером последних может служить перечень, утвержденный указом Президента РФ¹.

Возникает вопрос: *почему предметом лизинга не могут выступать земельные участки?*

Как отмечает Ю.В. Юсева, финансовый лизинг недвижимости был исключен из сферы унификации (ссылаясь на Оттавскую Конвенцию²) в связи с его незначительным распространением в международной практике, а также колоссальными трудностями по унификации норм земельного права разных стран.³

Достаточно слабым представляется довод о том, что в невозможности земельных участков и иных природных объектов являться предметом лизинга заключено «*существенное отличие предмета договора финансовой аренды (лизинга)*»⁴. Это утверждение нуждается в подробном обосновании.

По мнению Е.В. Кабатовой и Е.А. Павлодского, изъятие земельных участков из круга объектов, которые могут быть вовлечены в оборот в качестве предмета лизинга, объясняется тем, что использование земли и других природных объектов с предпринимательской целью и сделки с ними регулируются *специальным (земельным) законодательством, а*

¹О видах продукции [работ, услуг] и отходов производства, свободная реализация которых запрещена Указ Президента РФ от 22 февраля 1992г. № 179 // Российская газета. 1992. № 61.

² Конвенция УНИДРУА О международном финансовом лизинге: [заключена в г. Оттаве 28 мая 1998г.] // СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

³ Юсева Ю.В. Понятие финансовой аренды и ее регулирование в международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 5: сб. статей. / под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2002.

⁴ Беляева И.А. Гражданско-правовое регулирование финансовой аренды [лизинга] в предпринимательской деятельности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

*также тем, что аренда указанных объектов регулируется специальными договорами, имеющими свою специфику.*¹

Существует позиция некоторых авторов, которые весьма положительно оценивают возможность включения на законодательном уровне в предмет лизинга земельный участок.²

В связи с таким законодательным ограничением имеется следующая практическая проблема. Условие о переходе права собственности на здание, другой объект недвижимости к лизингополучателю не противоречит законодательству. Если лизингодатель является собственником земельного участка, занятого зданием, сооружением и пр., то право собственности на этот участок переходит к лизингополучателю (ст. 273 ГК РФ, п.4 ст.35 Земельного кодекса РФ³). В случае, когда участок находится у лизингодателя на праве аренды (имеется правомочие пользования), к лизингополучателю переходит право аренды (правомочие пользования) земельного участка (п.2 ст.271 ГК РФ, п.1 ст.35 ЗК РФ).

Для примера рассмотрим следующий судебный прецедент. Президиум ВАС РФ не согласился с доводом о том, что лизингополучатель не может выкупить недвижимость, т.к. ее нельзя выкупить без земельного участка, который по законодательству не может являться предметом лизинга.⁴

Как пояснил Президиум, в силу норм Закона о лизинге и положений ГК РФ земля не может являться предметом договора лизинга. Между тем ЗК РФ содержит запрет на отчуждение земельного участка без находящегося на нем здания, строения, сооружения, если они принадлежат одному лицу. Объекты недвижимости могут переходить в собственность лизингополучателя и без включения в договор лизинга земельного участка в качестве составной части этого недвижимого имущества. В таком случае к лизингополучателю переходит право собственности на землю в силу закона (если продавец недвижимости является собственником земли), либо права лизингополучателя на землю определяются по договору с собственником участка.

Предметом договора финансовой аренды не могут быть только (т.е. исключительно) земельные участки, являющиеся самостоятельным предметом договора лизинга. Вместе с тем, предусмотренный законом запрет на передачу в лизинг земли не распространяется на случаи, когда предметом лизинга служат здание (сооружение), предприятие, иной имущественный комплекс.

¹ См.: Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М.: Инфра-М, 1998; Павлодский Е.А. Договоры организаций и граждан с банками. М.: Статут, 2000

² См. напр.: Громов С.А. Предмет лизинга в гражданском обороте // Объекты гражданского оборота: сборник статей / отв. ред. М.А. Рожкова. Статут, 2007.

³СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 16 сентября 2008 г. № 4904/08г. // СПС «Консультант плюс».

Итак, если земля не самостоятельный предмет договора, передать ее в лизинг можно.

В литературе признается, что предметом найма может быть даже *право*, если только пользование им может принести экономическую выгоду. Имущественные права получают применение в коммерческой практике, являясь предметом различных сделок. Их эксплуатация и коммерческая передача становятся все более важным фактором хозяйствования, оттесняя на второй план операции с реальными вещами.

С позиции гражданского законодательства признается недопустимым вовлечение в гражданский оборот в качестве предмета лизинга таких благ, как права на использование результатов интеллектуальной деятельности и акций (долей) хозяйственных обществ, обусловленного определением лизинга в ГК РФ как вида аренды.

Согласно п.1 утратившего силу Указа Президента РФ от 17 сентября 1994 г. № 1929 «О развитии финансового лизинга в инвестиционной деятельности»¹, п. 2 также утратившего силу Временного положения о лизинге, утвержденного постановлением Правительства РФ от 29 июня 1995 г. № 633 «О развитии лизинга в инвестиционной деятельности»², предметом лизинга могло быть любое движимое и недвижимое имущество, относящееся по действующей классификации к основным средствам (кроме имущества, запрещенного к свободному обращению на рынке), а также *имущественные права*. Кроме того отсюда следует, что указанными нормативными актами земельные участки также не были исключены из круга возможных предметов лизинга.

Однако устоявшаяся сегодня точка зрения по этому поводу следующая. Предметом договора лизинга, исходя из ст.ст. 128, 607, 666 ГК РФ, *не могут выступать имущественные права, работы и услуги, информация, результаты интеллектуальной деятельности, нематериальные блага.*³

В литературе можно отыскать весьма оригинальные позиции по исследуемой теме. Так, например, известный ученый в этой области В.Д. Газман полагает, что «поскольку в соответствии с п. 2 ст. 130 ГК РФ к движимому имуществу относятся *ценные бумаги*, то действие Закона, как это ни парадоксально, может быть распространено на операции с ценными бумагами. Такая форма лизинга стала бы очень привлекательной для брокеров российского фондового рынка»⁴.

Есть еще одна проблема, связанная с предметом договора. Закон требует указания в договоре *данных, позволяющих определенно*

¹СЗ РФ. 1994. № 22. Ст. 2463.

²СЗ РФ. 1995. № 27. Ст. 2591.

³См., напр.: Л.Ф. Максимова. Договор лизинга: правовые аспекты //Вестник ФАС Западно-Сибирского округа, 2008. № 3; Нигаматзянов Т.Т. Существенные условия договора лизинга // Право и экономика. 2007. № 7.

⁴Газман В. Д. Комментарий к федеральному закону О лизинге. М.: Правовая культура, 1999.

установить имущество, подлежащее передаче лизингополучателю в качестве предмета лизинга (п.3 ст.15); при отсутствии этих данных в договоре условие о предмете считается не согласованным сторонами, а договор лизинга не считается заключенным.

Однако интересы сторон будут соблюдены, если вещь, передаваемая продавцом лизингополучателю, будет соответствовать условиям договора купли-продажи, товаром по которому может быть (и в большинстве случаев является) заменимая вещь, индивидуализируемая лишь в момент ее передачи.

На основании буквального толкования указанной нормы суд кассационной инстанции указал, что, раз «объектом арендного правоотношения может быть только вещь, определяемая индивидуальными признаками, необходимо было указать не только наименование вещи, как это сделано сторонами в приложении к договору о лизинге... но следовало точно охарактеризовать ее, опираясь на особые признаки - цвет, размер, форму, модель. Также стороны должны были указать технические номера объектов, регистрационные номера заводов-изготовителей»¹.

В развитие указанной проблемы на основе судебного дела рассмотрим, как необходимо описать в договоре *автомобиль – предмет лизинга*. Характеризуя имущество, стороны в договоре указали марку, модель и год выпуска автомобиля. Через некоторое время лизингополучатель обратился в суд, заявив о том, что договор лизинга является незаключенным. Суд признал позицию истца обоснованной.² Из норм ГК РФ следует, что в договоре лизинга должны быть указаны данные, позволяющие определенно установить имущество, подлежащее передаче в качестве объекта лизинга. При отсутствии этих данных договор не считается заключенным. Таким образом, описывая подлежащий передаче по договору лизинга автомобиль, стороны должны были согласовать не только его марку, модель, год выпуска, но и тип кузова, объем и мощность двигателя, тип коробки передач, цвет кузова.

Между тем приведенное положение Закона, равно как и судебные постановления, не учитывают особенностей лизинговой деятельности.

Исполнение договора лизинга осуществляется посредством заключения с продавцом договора купли-продажи. Поскольку такой договор может быть заключен на куплю-продажу товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, ко дню заключения договора лизинга такое имущество может не только не принадлежать

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 17 апреля 2006 г. по делу № А19-5113/04-38. // СПС «Консультант плюс».

² Постановление ФАС Центрального округа от 11 марта 2010 г. по делу № А14-16240/2008/535/5. // СПС «Консультант плюс».

продавцу, но и вовсе не существовать, что исключает возможность его индивидуализации.

Информация об индивидуализации предмета лизинга поступает к сторонам договора лизинга, как верно отмечает Е.Н. Васильева, лишь в процессе исполнения продавцом обязанности передать имущество.¹ Таким образом, *объект, вовлекаемый в гражданский оборот в качестве предмета лизинга, в момент заключения договора зачастую может быть определен лишь родовыми признаками.* Можно лишь указать его наименование, отдельные технические параметры и иные параметры (модель, цвет). Предмет лизинга представляет собой, как правило, вещь, индивидуализируемую также с помощью идентификационных заводских номеров и иных способов, используемых при ее производстве и отражаемых в технических документах на него. Информация об индивидуализации предмета лизинга с помощью подобных способов иногда поступает к участникам лизингового договора в процессе исполнения продавцом своей обязанности по передаче товара. Таким образом, для целей лизинга полная индивидуализация предмета лизинга, как правило, определяется условиями договора его поставки или отсылкой к нему. Требовать от лизингодателя передачи предмета лизинга, пока он полностью не индивидуализирован, вряд ли возможно. Во избежание постановки такого рода вопросов характеристика передаваемого в лизинг объекта (как индивидуально-определенной вещи) может быть дана в момент его передачи, а не в момент заключения договора лизинга.

«Живая» юридическая практика иногда доказывает этот вывод. В противовес указанных судебных дел приведем следующий прецедент. Лизингополучатель обратился в арбитражный суд с иском к лизингодателю о признании незаключенным договора финансовой аренды, поскольку в договоре не указаны данные, позволяющие определенно установить передаваемое имущество. Решением суда первой инстанции² исковые требования удовлетворены.

Признавая договор финансовой аренды незаключенным на основании ст. 432, п.3 ст.607 ГК РФ, п.3 ст.15 Закона, суд исходил из того, что условие о предмете лизинга не согласовано. В договоре лизинга не определены идентифицирующие признаки имущества, подлежащего передаче в аренду, которые позволили бы отличить его от иного имущества, отвечающего перечисленным в договоре признакам, и дополнительное соглашение, утверждающее перечень оборудования, не подписано.

¹ Васильева Е.Н. Кто отвечает за передачу предмета лизинга? // ЭЖ-Юрист. 2006. №32.

² Решение Арбитражного суда Свердловской области от 31 января 2008 г. по делу № А60-31503/2007-С2. // СПС «Консультант плюс».

Суд апелляционной инстанции¹ это решение отменил, в удовлетворении исковых требований отказал с учетом следующего. Спорный договор финансовой аренды не содержит идентифицирующие признаки имущества, подлежащего передаче в качестве предмета лизинга. Предусмотренное данным договором дополнительное соглашение, содержащее перечень оборудования, сторонами не подписано. Вместе с тем по условиям договора лизинга имущество (предмет лизинга), приобретаемое лизингодателем, указывает лизингополучатель; предмет лизинга передается лизингополучателю продавцом; приемка оформляется актом приема-передачи, подписанным уполномоченными представителями продавца, лизингодателя и лизингополучателя.

Лизингодателем, продавцом и лизингополучателем заключен договор купли-продажи оборудования, в соответствии с которым лизингополучатель принял на себя обязательства, связанные с приемкой оборудования по качеству и комплектации. В приложении к договору купли-продажи согласовано наименование, поштучное количество единиц оборудования, его характеристика, список технической документации, подлежащей передаче по данному договору.

Лизингодателем и лизингополучателем после подписания указанного договора купли-продажи принимались меры для исполнения своих обязательств (лизингополучателем вносились лизинговые платежи, лизингодателем уплачена продавцу стоимость оборудования). При указанных обстоятельствах суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что отсутствие подписанного сторонами дополнительного соглашения, содержащего перечень оборудования, не свидетельствует о незаключенности договора лизинга. Суды кассационной и надзорной инстанций² поддержали выводы суда апелляционной инстанции.

Таким образом, предмет лизинга может быть признан согласованным и при отсутствии в договоре лизинга идентифицирующих признаков имущества, подлежащего передаче в аренду, если договором предусмотрено, что имущество (предмет лизинга), приобретаемое лизингодателем, указывает лизингополучатель.

В Законе формулировка определения «договора лизинга» из ГК РФ воспроизводится не полностью: отсутствует указание на *предпринимательский характер целей*, для достижения которых может использоваться объект лизинга. Это изначально не компенсировалось указанием в ст. 3 Закона о том, что предметом лизинга является имущество, которое может использоваться для предпринимательской

¹ Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 апреля 2008 г. № 17АП-1782/2008-ГК // СПС «Консультант плюс».

² Постановление ФАС Уральского округа от 9 июня 2008 г. № Ф09-4317/08-С5; Определение ВАС РФ об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ от 9 октября 2008 г. № 12938/08 // СПС «Консультант плюс».

деятельности. Речь в этой статье идет о характеристике предмета лизинга, в то время как в ст. 665 ГК РФ установлена обязанность лизингополучателя использовать лизинговое имущество в предпринимательских целях, т.е. для систематического получения прибыли. Такое ограничение возможностей по вовлечению в оборот имущества в качестве предмета лизинга рамками предпринимательских отношений представляется неоправданным. Указанные положения российского законодательства, как отмечают некоторые авторы,¹ расходятся с аналогичными положениями Оттавской конвенции, применяемой к сделкам финансовой аренды к любому оборудованию, за исключением того, которое должно быть использовано «в основном для личных, семейных или домашних целей арендатора» (п. 4 ст. 1 Конвенции).

Очевидно, что использование имущества «в предпринимательской деятельности» – более узкая сфера, нежели сфера использования его «в целях, не связанных, с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием», поскольку последняя включает возможность вовлечения в гражданский оборот объектов с целью их последующего использования в не коммерческой, но профессиональной деятельности.

Однако формулировка цели использования предмета лизинга в «предпринимательской деятельности» уже удалена из ст. 3 Закона в связи с вступлением в силу с 1 января 2011 года закона №83-ФЗ². Это изменение укладывается в рамки большой реформы в стране в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений. А значит, указанные выше дискуссии, вероятно, приобретут новое направление (теперь уже, как минимум, относительно соотношения норм ГК и Закона).³

В ранее действовавшем ФЗ от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»⁴ лизинговая деятельность трактуется в качестве *финансовой услуги*. Аналогичный подход использован и в ФЗ от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁵.

¹См., например: Комментарий к Федеральному закону "О финансовой аренде (лизинге)" / под ред. Н. М. Коршунова. М.: Норма, 2003.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных [муниципальных] учреждений: ФЗ РФ от 08.05.2010 №83-ФЗ // СЗ РФ. .2010. № 19. Ст. 2291.

³ Канцер Ю. А. Преимущества лизинговых сделок как фактор инновационного развития экономики // Социально-экономические, политические и правовые механизмы управления инновациями в Волгоградской области: региональная науч.-практ. конф. (2010; Волгоград). Волгоград: Изд-во ФГОУ ВПО ВАГС, 2010. С. 247.

⁴СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3174.

⁵СЗ РФ. 2006. № 31 (часть I). Ст. 3434.

Признание лизинга в гражданско-правовых целях финансовой услугой позволило бы расширить круг объектов, вовлекаемых в гражданский оборот на основе принципиальной идеи лизинга.

На сегодняшний день в Российской Федерации финансовая аренда как гражданско-правовой институт уже сложилась. Хотя по сравнению с экономически развитыми странами удельный вес лизинга в общем объеме инвестиций в российскую экономику пока еще ничтожно мал, потенциал у финансовой аренды огромный. Лизинг имеет множество преимуществ по сравнению с другими гражданско-правовыми экономическими институтами. Поэтому можно с уверенностью предположить: количество заключаемых лизинговых договоров российскими предпринимателями будет возрастать из года в год и, в конце концов, удельный вес лизинга в общем объеме инвестиций достигнет уровня ведущих, успешно развивающихся стран.¹

Несмотря на все указанные проблемы правового регулирования и противоречивость правоприменения относительно предмета договора лизинга, в конечном итоге использование возможностей финансовой аренды приведет к обновлению основных средств и материально-технической базы предприятий российских предпринимателей и как следствие к экономическому росту нашего государства.

ПРОТИВОПРАВНОСТЬ КАК НЕОБХОДИМЫЙ ЭЛЕМЕНТ СОСТАВА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Комар Павел Владимирович,
студент 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Качур Нина Фёдоровна
к.ю.н., доцент,
заведующая кафедрой гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Ни для кого не секрет, что современное гражданское законодательство изобилует множеством оценочных понятий. Применение норм, содержащих такие понятия, на практике вызывает особые

¹Канцер Ю.А. Правовое регулирование лизинга как условие механизма экономического развития России // Инновационное развитие экономики: инструменты и технологии. 3-ая международная науч.-практ. конф. [Волгоград 22 апреля 2010г.] / отв. ред. Т. Б. Иванова [и др.]. Волгоград: Изд-во ФГОУ ВПО ВАГС, 2010.

затруднения. В науке гражданского права оценочные понятия приковывают к себе пристальное внимание ученых, подчас порождая жаркие дискуссии.

Одним из таких понятий является злоупотребление субъективным гражданским правом. На сегодняшний момент сколько-нибудь единообразной позиции о том, что понимать под злоупотреблением правом, каковы признаки данного феномена, ни в теории, ни на практике обнаружить невозможно. Статья 10 ГК РФ, называя указанный термин, не закрепляет ни одного его признака, указывая лишь на одну из его форм - шикану.

Между тем изучение правоприменительной практики дает основание сделать вывод о том, что суды все острее и острее испытывают потребность в применении данного института.

Настоящая статья не преследует цели обозначить все имеющиеся в теории точки зрения на правовую природу злоупотребления правом. Более того, мы не питаем надежд в данном исследовании поставить точку в затянувшейся дискуссии. Нам хотелось бы всего лишь обозначить свою позицию по исследуемой проблеме.

Для того чтобы осознать палитру научных дискуссий по вопросу о правовой природе злоупотребления правом, считаем целесообразным привести некоторые научные воззрения по рассматриваемой проблеме.

К примеру, профессор В.П. Грибанов предлагал под злоупотреблением правом понимать особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения¹. Такой вывод автор основывал на следующих посылах. Во-первых, всякое субъективное право, как мера возможного поведения, всегда имеет определенные границы как по своему содержанию, так и по характеру осуществления. Во-вторых, наряду с обеспечением реального осуществления субъективных прав право призвано также гарантировать интересы всего общества в целом, прав и интересов других граждан и организаций, которые могут быть затронуты при осуществлении права управомоченным лицом. По мнению В.П. Грибанова, при злоупотреблении правом нарушаются не границы самого права, а пределы осуществления этого права. Если нарушаются границы права, значит, мы имеем дело с обычным правонарушением, однако если нарушаются границы осуществления права (путем использования недозволенных форм осуществления права), то имеет место злоупотребление правом, которое и следует признавать особым типом гражданского правонарушения².

¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Изд-во МГУ, 1972. С. 160.

² Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Изд-во МГУ, 1972. С. 68.

Злоупотребление правом в качестве противоправного деяния рассматривается рядом ученых и сегодня¹. Одним из сторонников такой позиции является В.И. Емельянов. Хотя автор и не разделяет взгляд В.П. Грибанова на необходимость разграничения границ самого права и границ осуществления права, он не подвергает сомнению то, что злоупотребление является деянием противоправным. Противоправность же такого деяния, по мнению В.И. Емельянова, заключается в нецелевом использовании лицом предоставленных ему субъективных прав, а указание на «употребление» в ст. 10 ГК РФ имеет целью лишь указать на «средство» правонарушения².

Иной позиции на правовую природу злоупотребления правом придерживается В.А. Белов. В своем учебнике по гражданскому праву автор приводит следующие рассуждения: «Нельзя злоупотребить тем, что тебе дано как право. Ведь если речь идет об ответственности за осуществление права, то получается, что осуществление права является неправомерным действием. Становится непонятным, а можно ли субъективное право осуществлять? Если нельзя, то для чего тогда такое субъективное право нужно? да и будет ли это субъективным правом? Если право осуществлять все-таки можно, то за что в таком случае на управомоченное лицо можно возложить ответственность? Ответ очевиден: за правомерно причиненный вред»³. Нетрудно заметить, что, по мнению ученого, лицо, злоупотребляющее правом, может нести ответственность, но лишь за правомерное деяние, а не за правонарушение. Однако, как справедливо отмечает В.В. Ларин, ответственность за злоупотребление правом не может быть поставлена в один ряд с ответственностью за правомерно причиненный вред в связи с тем, что случаи правомерного причинения вреда не носят характера официально властного порицания⁴.

Еще одну, отличную от уже обозначенных взглядов, позицию высказал профессор Н.С. Малеин. Оригинальность его позиции заключается в том, что он вовсе отрицал существование такого института, как злоупотребление правом. В частности, автор писал: «...возможно одно из двух: если субъект действует в границах принадлежащего ему права - и тогда он не злоупотребляет правом, или он выходит за пределы, установленные законом, и таким образом, нарушая закон, не злоупотребляет правом, а совершает элементарное правонарушение, за

¹ Адамович Г. Злоупотребление правом, как основание признания сделки недействительной // Корпоративный юрист. 2009. №5. С. 51; Курбатов, А.Я. Злоупотребление правом: теория и правоприменительная практика // СПС «Консультант Плюс».

² Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс-Книга, 2002. С. 47.

³ Белов В.А. Гражданское право. Части Общая и Особенная: учебник. М. 2003. С. 363.

⁴ Ларин В. В. К вопросу о противоправности злоупотребления правом // Право и политика. 2007. № 3. С. 12.

которое должна следовать ответственность...»¹. В обоих случаях, по мнению автора, для идеи о злоупотреблении правом нет места.

На первый взгляд, такой подход является безупречным с точки зрения юридической логики. Однако стоит признать, что он не учитывает реалии современного гражданского оборота, где цель получения выгоды любой ценой часто приводит к использованию прав в противоречии с их назначением.

Принимая попытки разрешить сложившуюся дилемму, заметим, что в науке гражданского права были выдвинуты и иные, совершенно нетрадиционные подходы к месту злоупотребления правом в системе правового поведения. Так, В.И. Гойман утверждает, что злоупотребление правом представляет собой разновидность неправовых действий, связанных со злоупотреблением правовой свободой, совершением поступков во зло и в противоречии с духом права, то есть с его назначением. По мнению автора, такие неправовые действия представляют собой разновидность противоправных действий, но в то же время правонарушением не являются². На наш взгляд, такая позиция не может быть признана продуктивной в связи с тем, что не дает ответа на вопрос о месте злоупотребления правом в системе видов правового поведения, является непоследовательной и внутренне противоречивой. Противоречивость такой позиции заключается в том, что, рассматривая злоупотребление правом как противоправное деяние, автор отказывается признавать его правонарушением. Как верно отметил С.Д. Радченко, «каждое действие по осуществлению права в каждый конкретный момент времени может быть либо правомерным, либо противоправным, и третьего не дано. Такое действие не может быть одновременно противоправным и правомерным»³.

Авторский взгляд по рассматриваемой проблеме в науке гражданского права также предложен А.А. Малиновским. В частности, автор предлагает делить все случаи злоупотребления правом на правомерные злоупотребления, противоправные злоупотребления и ограниченные законом злоупотребления⁴. К первой категории злоупотреблений А.А. Малиновский относит такие действия, которые причиняют вред неохранным законом отношениям, в связи с чем предлагается считать такие действия аморальными, или нецелесообразными. Говоря про противоправные злоупотребления правом, автор указывает на то, что такого рода злоупотребления могут совершить лишь властные субъекты, а ответственность за такие деяния

¹ Малеин Н. С. Закон, ответственность и злоупотребление правом // Советское государство и право. 1991. № 11. С. 29.

² Лазарев В. В. Теория права и государства: учебник. М.: Спарк, 1996. С. 238.

³ Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 26.

⁴ Малиновский А. А. Злоупотребление правом теоретические аспекты // Журнал Российского права. 1998. №7. С. 85.

устанавливается либо законом, либо подзаконным актом. Собственно же гражданско-правовые злоупотребления, по мнению А.А. Малиновского, относятся к последнему, третьему подвиду «законодательно-ограничиваемым злоупотреблениям» по причине их регулирования статьей 10 ГК РФ, не содержащей, по мнению автора, санкций.

Безусловно, попытка автора классифицировать все случаи злоупотребления правом заслуживает поддержки. Однако, любая классификация должна преследовать цель разграничить и упорядочить все множество различных элементов, явлений или процессов по определенным критериям¹. Кроме того, классификация должна помочь усвоить явление, изучив различные его виды и их признаки.

Категория «правомерное злоупотребление правом», которую предлагает ввести автор, является внутренне противоречивой в связи с тем, что остается неясным вопрос о том, зачем называть правомерное действие злоупотреблением. Кроме того, под правомерным злоупотреблением А.А. Малиновский понимает нецелесообразные или аморальные действия, причиняющие вред не охраняемым законом интересам. Здесь нужно отметить, что нецелесообразные и аморальные действия лежат в плоскости моральных отношений и правом не регулируются, а действия по причинению вреда не охраняемым законом интересам не могут являться злоупотреблением, так как последнее предполагает нарушение охраняемых интересов третьих лиц.

Вторым видом злоупотреблений, по мнению А.А. Малиновского, является противоправное злоупотребление, субъектами которого могут быть лишь лица, наделенные законом властью, специальными правами и полномочиями². Здесь следует отметить, что само выражение «противоправное злоупотребление правом» является тавтологией. Кроме того, следует согласиться с О.А. Поротиковой, в том, что злоупотребление субъективным правом есть сугубо цивилистический институт, в связи с тем что полномочия должностных лиц некорректно рассматривать в качестве их субъективных прав. Такие полномочия одновременно выступают обязанностями должностных лиц и не предполагают возможности их неосуществления или выбора формы их осуществления³. Именно поэтому в науке уголовного права нет спора о том, являются ли злоупотребления должностными полномочиями (статья 285 УК РФ) правомерными или противоправными действиями.

Третий вид злоупотреблений, который выделяет А.А. Малиновский – законодательно-ограничиваемые злоупотребления. Злоупотребления данного вида, как уже было отмечено, собственно и являются

¹ Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник. М.: Юриспруденция. 2000. С. 87.

² Малиновский А. А. Злоупотребление правом: теоретический аспект // Журнал Российского права. 1998. № 7. С. 44.

³ Поротикова О. А. Проблемы злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 59.

злоупотреблением, о котором говорится в статье 10 ГК РФ¹. На наш взгляд, необходимо согласиться с автором в том, что статья 10 ГК РФ не содержит санкции за совершение злоупотребления в ее общеправовом смысле (предусматривает лишь отказ в защите права). Однако стоит признать, что классификация видов злоупотреблений, предложенная А.А. Малиновским, к сожалению, не достигла цели, и не привнесла какой-либо ясности в понимание природы исследуемого института.

Кратко обозначив основные точки зрения по проблеме правовой природы злоупотребления субъективным гражданским правом, мы хотели бы изложить свою позицию по данному вопросу.

Как известно, ст. 1 Гражданского кодекса РФ закрепляет основные принципы, на которых строится все гражданское законодательство. Одним из таких основных начал является принцип осуществления гражданских прав гражданами и юридическими лицами своей волей и в своем интересе. Более того, ст. 9 ГК РФ закрепляет возможность за субъектами гражданского права осуществлять принадлежащие им права по своему усмотрению. Вместе с тем, не разумно и даже опасно было бы признавать за субъектами гражданского права возможность безграничного осуществления своих прав. Такого рода абсолютизация прав привела бы скорее к общему бесправию и повсеместному нарушению интересов общества и отдельных частных лиц².

В связи с этим общеправовой принцип, закрепленный в ст. 17 Конституции РФ,³ на основании которого, осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и законные интересы других лиц, нашел свое выражение и в отраслевом законодательстве. Так, в соответствии со ст. 10 Гражданского кодекса РФ **не допускаются** действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

В общей теории права разработаны признаки любого правового поведения. В частности, А.С. Шубаров правовое поведение определяет как «социально значимое, осознанное поведение, индивидуальных и коллективных субъектов, урегулированное нормами права и влекущее за собой юридические последствия»⁴. Правовое поведение, в свою очередь,

¹ Гражданский кодекс РФ. Ч. 1: Ф3 от 30 ноября 1994 г. [в ред. от 07.02.2011 № 4-ФЗ] // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

² Рассуждая о пределах осуществления гражданских прав проф. Грибанов отмечал: «Границы есть неотъемлемое свойство всякого субъективного права, ибо при отсутствии таких границ право превращается в свою противоположность - в произвол и тем самым вообще перестает быть правом». См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2001. С. 22.

³ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. [в ред. от 30.12.2008 №7-ФКЗ] // СЗ РФ. 2009. №4. Ст. 445.

⁴ Шабуров А. С. Поведение людей в правовой сфере. Правомерное поведение. Правонарушение // Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского, В.Д. Первалова. М.: 1997. С. 401.

может быть либо правомерным, то есть соответствующим сложившемуся в данном обществе правовому регулированию, либо противоправным, то есть не соответствующим ему. Для того чтобы говорить о злоупотреблении как о гражданском правонарушении, необходимо в первую очередь доказать, что последнее является деянием противоправным¹.

Говоря о таком сложнейшем институте гражданского права, как злоупотребление субъективным правом, необходимо отметить, что совершить данное деяние, как это ни парадоксально звучит, может только управомоченное лицо. В том же случае, если лицо правом не обладает, совершить злоупотребление оно не в состоянии. Деяние, совершенное субъектом без права, помимо права либо с выходом за пределы права, носит характер гражданского правонарушения и не может быть квалифицировано как злоупотребление². Несмотря на очевидность и общепризнанность данного признака злоупотребления правом, в судебной практике до сих пор можно встретить примеры решений, где обычное правонарушение или действия лица при отсутствии у него соответствующего права квалифицировано судом как злоупотребление правом³.

По своему существу вопрос о противоправности злоупотребления правом сводится к вопросу о том, каким образом формально правомерное поведение лица по осуществлению своего субъективного права может преобразоваться в поведение противоправное? Как уже верно было замечено в литературе, для правонарушения свойственно расхождение между индивидуальной волей субъекта и общественной, государственной волей, выраженной в нормах объективного права⁴. При злоупотреблении правом лицо, реализующее свое право, вторгается в сферу частных интересов другого субъекта, с которым находится в отношениях координации. Такое «внедрение» для потерпевшей стороны может вызывать различные правовые эффекты, в том числе в виде негативных последствий, например путем причинения вреда или уменьшения его имущественной сферы. По своему существу действия лица злоупотребляющего правом сводятся к действиям по использованию позитивного средства (субъективного права) для достижения вредоносного результата.

¹ Суханов Е. А. Гражданское право Т. 1: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 598.

² Малиновский А.А. Злоупотребление правом: теоретические аспекты // Журнал российского права. 1998. № 7. С. 71; Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 24.

³ Информационное письмо президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. №127 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 2. С. 21-22.

⁴ Поротикова, О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 65.

Говоря о злоупотреблении субъективным правом, необходимо отметить еще и то, что гражданское право - это право частное, то есть ориентированное на защиту интересов отдельных лиц. Противоправность же злоупотребления состоит в первую очередь в том, что нарушается не какой-то известный позитивный закон, императивная норма, а нарушаются права и законные интересы третьих лиц, на охрану которых и направлены средства частноправовой защиты.

Закрепляя в законе права стороны, пострадавшей от злоупотребления, законодатель, по сути, говорит о том, что нарушения таких прав не допускается. Именно поэтому, по выражению О.А. Поротиковой, невольное или намеренное причинение вреда и посягательство на права третьих лиц с необходимостью будут носить характер противоправности¹.

На противоправность злоупотребления также указывает и ст. 10 ГК РФ, устанавливающая то, что осуществление прав с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах **не допускаются**.

О противоправности злоупотребления правом говорили также и дореволюционные юристы. Так, например, И.А. Покровский, рассматривая правовую природу шиканы, говорил: «То, обстоятельство, что средством причинения вреда является здесь осуществление права, никоим образом не может служить оправданием, так как права предоставляются для удовлетворения собственных законных интересов, а не для причинения зла другим»².

Исследовав теоретические воззрения по рассматриваемой проблеме, Е.А. Ордегнал приходит к выводу о том, что признать злоупотребление правонарушением может лишь тот, кто не углубился в суть ни одного из них. Такое отождествление понятий, по мнению автора, ведет к потере ценности и самостоятельности института злоупотребления правом³. Свои выводы Е.А. Ордегнал основывает на том, что под противоправным поведением она предлагает понимать лишь такое поведение, которое нарушает императивные нормы. Нарушение же принципов права, по ее мнению, не может служить основанием для признания деяния противоправным.

Интересным в данном контексте будет мнение профессора А.Ф. Черданцева, который о соотношении понятий «злоупотребление правом» и «правонарушение» пишет следующее: «Правонарушение - это деяние противоправное, нарушающее нормы права. Юридическая природа правонарушения состоит в том, что оно или нарушает запреты, или

¹ Там же. С. 66.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 40.

³ Ордегнал Е. А. Соотношение понятий злоупотребление правом и правонарушение // Юрист. 2007. № 1. С. 11.

заключается в неисполнении обязанностей, **или в злоупотреблении правом**. В последнем случае правонарушитель использует свое право, причиняя вред другим. Он или использует свое право не в тех целях, для которых оно предусмотрено, или выходит за пределы своего права, или реализует его запрещенными средствами, с нарушением установленного порядка или с прямой целью причинить вред другим»¹.

Полностью соглашаясь с определением понятия «правонарушение», данным А.Ф. Черданцевым, хотелось бы отметить следующее. Если под противоправным поведением мы будем понимать, лишь поведение, нарушающее императивные нормы, то для злоупотребления правом не останется места, ведь каждую форму такого злоупотребления придется запретить на законодательном уровне. Однако, по нашему мнению, установить ответственность в специальных нормах за злоупотребление правом практически невозможно, так как невозможно предусмотреть все случаи того, каким образом субъект может осуществлять свое право в разрез с его назначением и законодательно установленными целями.

Возможно, учитывая данные аргументы, Е.А. Суханов заключает: «Ответственность за злоупотребление правом является одним из случаев ответственности за нарушение общих принципов гражданского права. Таким образом, противоправным следует считать и случаи нарушения участниками гражданско-правовых отношений требований общих принципов гражданского права»².

В связи с вышеизложенным, по нашему мнению, стоит признать, что на сегодняшний день нет достаточных оснований не считать злоупотребление правом деянием противоправным. Использование субъективного права в качестве средства для достижения неправомерных, вредоносных целей, не может быть оставлено без внимания ни законодателем, ни правоприменителем. Деяние, объективно причиняющее вред третьим лицам либо иным образом нарушающее их права, идущее в разрез с принципами осуществления гражданских прав, должно признаваться противоправным. Злоупотребление субъективным гражданским правом – реально существующее явление, в последнее время, получающее все большее распространение и принимающее наиболее извращенные формы.

Анализ правоприменительной практики показывает, что суды испытывают потребность в использовании данного института для нивелирования отрицательных последствий, вызываемых злоупотреблением правом. Все вышеизложенное дает нам основание сделать вывод о том, что признание злоупотребления правом деянием противоправным не только не противоречит базовым положениям

¹ Черданцев А.Ф. Теория государства и права. М.: Юрайт, 2002. С. 307.

² Суханов Е.А. Гражданское право. Т.1. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 600.

доктрины гражданского права, но и позволит судам на практике наиболее эффективно защищать интересы пострадавших от злоупотреблений лиц.

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ПРОЦЕДУРЫ ВОЗВРАТА АПТЕЧНЫХ ТОВАРОВ

Кузнецова Анастасия Андреевна,
студентка 3 курса юридического факультета
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

Научный руководитель:
Гета Юлия Ростиславна,
доцент кафедры гражданско-правовых и
государственно-правовых дисциплин
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

В условиях рыночной экономики розничная торговля занимает одно из ведущих мест. Относительно недавно в России появился такой термин, как «потребительский экстремизм» - это злоупотребление правом, то есть предъявление покупателем продавцу необоснованных требований с целью получения материальных благ. Следует отметить, что «потребительский экстремизм» - частое явление при покупке лекарственных средств и других аптечных товаров. Но подлежат ли они возврату и обмену? В Постановлении Правительства РФ № 55 от 19.01.98 (ред. от 27.01.2009) четко указан перечень товаров, не подлежащих возврату, среди них: товары для профилактики и лечения заболеваний в домашних условиях; средства гигиены полости рта; предметы по уходу за детьми; лекарственные препараты; парфюмерно-косметические товары; предметы личной гигиены (в ред. Постановления Правительства РФ от 20.10.98 № 1222).

Основанием для возврата или замены препарата, в зависимости от желания покупателя, могут служить такие недостатки лекарств, как: истекший срок годности; разного рода дефекты маркировки (отсутствие срока годности/серии или невозможность их точного установления; несоответствие срока годности/серии, указанных на первичной и вторичной упаковках); отсутствие инструкции по применению данного препарата (в т.ч. наличие инструкции от другого препарата); любой брак первичной или вторичной упаковки.

Данные основания закреплены в статье 18 Закона «О защите прав потребителей» и в ОСТе 91500.05.0007-2003. «Правила отпуска (реализации) лекарственных средств в аптечных организациях». При этом

нужно учитывать, что работа фармацевтов и провизоров в аптеке является неотъемлемой частью оказываемой услуги. С одной стороны, вопрос о качестве товаров и услуг закреплен в вышеуказанном законе, с другой стороны, в нем нет толкования, что такое надлежащее и ненадлежащее качество товара. Зато есть упоминание о недостатке и существенном недостатке товара. Но возможно ли эти определения применять к лекарственным средствам?

Для решения указанных проблем, совершенствования науки гражданского права и правоприменительной практики следует четко законодательно закрепить:

1. Понятие «Аптечный товар надлежащего качества – это товар, предназначенный для реализации в аптеках и аптечных киосках, с не истекшим сроком годности, без дефектов маркировки, упаковки, снабженный аннотацией, без механических повреждений и отклонения препарата от описания, приведенного в инструкции».

2. Разграничение аптечных товаров надлежащего качества на те, которые подлежат возврату и обмену (медицинская техника) и на те, которые не возвращаются и не обмениваются.

3. В связи с указанным уточнением дополнить нормы Закона РФ «О защите прав потребителей» и Постановления Правительства РФ от 19.01.98 №55 (ред. от 27.01.2009).

4. Закон РФ «О защите прав потребителей» дополнить статьей «Правила обмена и возврата отдельных видов товаров».

Необходимым представляется также разработка Научным обществом фармацевтов Правил. В данных Правилах следует, в частности, отразить процедуру возврата и обмена аптечных товаров надлежащего качества, подлежащих возврату и обмену.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ИЗМЕНЕНИЯ ЗАКОННОГО РЕЖИМА ИМУЩЕСТВА СУПРУГОВ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ

Литвинова Нина Олеговна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Рычкова Наталья Юрьевна,
старший преподаватель кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В соответствии с ч. 1 ст. 256 ГК РФ имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью, если *договором*

между ними не установлен иной режим этого имущества. В ч.1 ст. 33 СК РФ указано, что законный режим имущества супругов *действует*, если *брачным договором* не установлено иное.

Возникает вопрос, каким именно договором может быть изменен режим совместной собственности супругов. Кроме брачного договора супруги могут заключать соглашение о разделе совместно нажитого имущества, соглашение об определении долей в общем имуществе, договор купли-продажи с определением долей в приобретаемом имуществе, учредительный договор и некоторые другие. Е.А. Чефранова отмечает, что было бы неправильным в современных условиях либерализации, ухода от жестких императивных предписаний навязывать в качестве единственно возможного способа изменения режима отдельных, нажитых в браке, вещей исключительно брачный договор или соглашение о разделе имущества, поскольку возможность заключения таких договоров прямо предусмотрена в семейном законодательстве, отказывая супругам в иных способах и формах урегулирования складывающихся между ними имущественных отношений.¹

Чтобы ответить на поставленный вопрос, необходимо определить содержание понятия «законный режим имущества супругов». Л.Б. Максимович и И.В. Жилинкова полагают, что под законным режимом следует понимать *порядок*, установленный в законе в отношении имущества супругов и действующий при отсутствии брачного договора, причем этот порядок имеет универсальный характер, так как рассчитан на всех лиц, обладающих статусом супругов.² Толкование п.1 ст.33 СК РФ в отрыве от других норм Кодекса может привести к неправильному заключению, что российское законодательство устанавливает режим всеобъемлющей общности супружеского имущества, тогда как при систематическом толковании становится ясным, что совместная собственность супругов на имущество, нажитое во время брака, сочетается с раздельной собственностью каждого из них (ст. 36 СК РФ). Соответственно **законный режим имущества супругов** определяется как установленные законом *основания и пределы* объединения имущества супругов, а также *порядок и условия* приобретения, *изменения* и прекращения прав на имущество, входящее в состав супружеской общности.³

С.И. Реутов, И.С. Закалина определяют, что иной режим собственности может быть установлен супругами только в том случае, если они заключили соответствующий брачный договор.⁴ Т.В. Шершень считает изменение законного режима имущества супругов возможным

¹ Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами // Нотариус. 2005. № 1. С. 15.

² См.: Максимович Л.Б. Брачный договор. М.: Ось 89, 2001. С. 32.

См.: Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Харьков: Ксилон, 2000. С. 166.

³ Чефранова Е.А. Имущественные отношения супругов. М.: Эксмо, 2008. С. 30.

⁴ Реутов С.И., Закалина И.С. Брачный контракт. Пермь. 2007. С. 9.

только посредством заключения брачного договора, хотя признает, что в практической деятельности имеют место случаи, когда при отсутствии брачного договора на государственную регистрацию представляется договор купли-продажи, по которому квартира переходит супругам на праве общей долевой, а не общей совместной собственности.¹ Таким образом, С.И. Реутов, И.С. Закалина, Т.В. Шершень *отрицают возможность* заключения иных соглашений между супругами и изменения ими законного режима имущества супругов.

М.Н. Илюшина, С.Ю. Чашкова отмечают, что договор об установлении долевой собственности, лежащий в основании выдачи нотариусом свидетельства на долю в праве на общее имущество супругов (ст. 74 Основ законодательства о нотариате), по своей правовой цели очень напоминает брачный договор, так как *направлен на изменение* законного режима имущества супругов.² Е.А. Чефранова задается вопросом: «Обязательно ли любое соглашение супругов, направленное на выведение из-под действия режима общности отдельных совместно нажитых вещей, рассматривать исключительно как брачный договор?.. На первый из вопросов ответ, бесспорно, может быть только отрицательным, и этот ответ дает сам закон - п. 2 ст. 38 СК РФ».³

Возможность заключения *соглашения о разделе общего имущества* прямо предусмотрена п. 2 ст. 38 СК РФ. Такие соглашения направлены на прекращение режима общей совместной собственности и возникновение режима раздельной собственности каждого из супругов (бывших супругов) на часть или все нажитое в браке имущество. В отношении остального имущества, как наличного, так и будущего, продолжает действовать законный режим имущества супругов.

Судебная практика идет по пути признания возможности заключения таких соглашений между супругами. В постановлении ФАС Уральского округа сказано: «Таким образом, имущество, приобретенное одним из супругов в браке, является их совместной собственностью независимо от того, на кого из них оно оформлено, поскольку иное не установлено брачным *или иным соглашением*, а также кем из них вносились деньги при его приобретении».⁴

О возможности заключения между супругами соглашения о разделе имущества говорится в определении Липецкого областного суда: «В соответствии со ст. 39 СК РФ при разделе общего имущества супругов и

¹Шершень Т.В. Брачный договор как основание изменения законного режима имущества супругов// Нотариус. 2009. № 2. С. 39.

² Илюшина М.Н., Чашкова С.Ю. Особенности договорных форм раздела общего имущества супругов предпринимательского назначения//Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 3. С. 28.

³ Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами // Нотариус. 2005. № 001. С. 15.

⁴Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 27 июля 2010 г. N Ф09-4855/10-С3 по делу N А47-7309/2009 // СПС «Консультант плюс».

определении долей в этом имуществе доли супругов признаются равными, если иное не предусмотрено договором между супругами. Как видно из материалов дела, стороны состояли в браке с 4 марта 1995 года по 2 июня 2009 года, от совместной жизни имеют 2 несовершеннолетних детей, *соглашение о разделе имущества между ними не достигнуто*.¹

Еще одним из наглядных примеров признания соглашения о разделе общего имущества супругов является постановление Третьего арбитражного апелляционного суда РФ: «Ссылка ответчика на то, что подписанное супругами Майер соглашение от 01.09.2005 является брачным договором, неосновательна, поскольку статья 38 Семейного кодекса Российской Федерации *допускает производить раздел не всего имущества супругов*, и в этом случае та часть имущества, которая не была разделена, составляет общее имущество супругов». ² Хотя до этого решения в Постановлении Третьего арбитражного апелляционного суда от 11 апреля 2008 г. N 03АП-304/2008 по данному делу было сказано следующее: «Законный режим имущества супругов действует, если брачным договором не установлено иное. Следовательно, указанная статья предусматривает, что законный режим имущества супругов может быть изменен только брачным договором. Брачный договор между Майер П.Я и Майер Л.А. не заключался». ³

Спорным, как в научной литературе, так и на практике, является вопрос о возможности приобретения супругами имущества в общую долевую собственность в отсутствие брачного договора. О заключении супругами *соглашения об определении долей в общем имуществе* действующий Семейный кодекс упоминания не содержит. Однако в соответствии с ч. 1 ст. 256 ГК РФ имущество, нажитое супругами во время брака, является их совместной собственностью, если договором между ними не установлен иной режим этого имущества. Определение доли каждого из супругов в праве собственности заключается в прекращении совместной собственности с возникновением долевой, в отличие от раздела, предполагающего прекращение существования общей собственности вообще и установление раздельной собственности на объекты, являвшиеся предметом соглашения. Н. М. Ершова отмечает: «Выдача свидетельства о праве собственности на часть общего имущества супругов и договоры раздела общего имущества между ними имеют в принципе общую основу. В обоих случаях прекращается общность имущества супругов в отношении определенного имущества. В обоих случаях налицо соглашение между супругами, оформляемое либо

¹Определение Липецкого областного суда от 11 ноября 2009 г. N 33-2442/2009 // СПС «Консультант плюс».

²Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда РФ от 11 марта 2009 г. N А33-14623/2006-03АП-107/2009 // СПС «Консультант плюс».

³Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 11 апреля 2008 г. N 03АП-304/2008 // СПС «Консультант плюс».

совместным заявлением на выдачу свидетельств о праве собственности, либо договором, закрепляющим право собственности на конкретные вещи».¹

На практике возникает вопрос: будет ли правомерным включение в *договор купли - продажи* условия о том, что супруги приобретают недвижимость *в каких-либо долях*? Существует несколько позиций в нотариальной практике: 1) без брачного договора супруги могут купить имущество в долевую собственность, определив в договоре свои доли только равными (равенство прав супругов на имущество в целом); 2) супруги имеют право определить при покупке имущества размер доли каждого из них по своему усмотрению без предварительного заключения брачного договора 3) невозможно заключение такого договора купли-продажи без предварительного заключения брачного договора.²

О.А.Федорова полагает, что в данном случае при заключении договора купли – продажи объекта недвижимости до его поступления в собственность (если предмет сделки – жилое помещение, то права и обязанности вообще возникают только с момента регистрации данного договора – п.2 ст.558 ГК РФ) нельзя воспользоваться конструкцией соглашения об определении долей для изменения режима приобретаемого имущества, т.к. соглашение должно заключаться по поводу имущества, уже нажитого супругами. Некоторые специалисты считают, что такой договор является смешанным и он может содержать элементы брачного договора или соглашения об определении долей. Относить подобный договор к категории смешанных нельзя, т.к. супруги при заключении договора купли – продажи выступают на стороне покупателя, и включать в этот договор элементы соглашения, сторонами которого они выступают как супруги и которое не имеет никакого отношения к продавцу, они не могут. В такой ситуации избежать поступления имущества в общую совместную собственность можно только путем заключения брачного договора. В одном из своих решений Василеостровский районный суд Санкт-Петербурга указал, что «приобретение каждым из супругов в период брака по 1/2 доли в праве собственности на квартиру не умаляет правовую сущность приобретенного супругами имущества как их совместной собственности, приобретенной супругами за счет их общих доходов»³.

Противоречива практика по отношению к *сделкам по отчуждению долей в уставном капитале*. В Определении ВАС РФ и Постановлении ФАС Северо-Кавказского округа по тому же делу по иску гражданки Нетеса В.В. к гражданину Нетесе В.И. обществу с ограниченной

¹ Ершова Н.М. Имущественные правоотношения в семье. М.: Наука, 1979. С. 11.

² Гарин И., Таволжанская А. Оформление прав собственности супругов // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 30.

³ См. Федорова О.А. Нотариальная практика: актуальные проблемы // Закон. - 2008. № 4. С. 186-187.

ответственностью «Производственно-коммерческая фирма «Прибой Сервис»» о признании права собственности на долю в уставном капитале общества в размере 45%, уменьшении доли, принадлежащей Нетесе В.И., до 45% и обязанности общества внести соответствующие изменения в его учредительные документы, было указано на то, что учредительный договор, в котором определены доли супругов в уставном капитале ООО, является договором, изменяющим законный режим имущества.¹

В других решениях встречался и иной подход к определению режима доли. В данном случае суд не дал оценку тому обстоятельству, что доля каждого из супругов является общим имуществом супругов и подлежит разделу как два самостоятельных объекта с учетом гражданско-правового режима доли. Заключение учредительного договора между супругами как учредителями ООО не имело своей правовой целью изменение законного режима имущества супругов, они действовали как *обычные участники гражданского оборота*. ФАС Восточно-Сибирского округа указал, что суды пришли к выводу о том, что гражданин Майер П.Я. вправе был уступить гражданину Шароглазову В.В. как свою двадцатипроцентную долю, так и часть доли, принадлежавшей его супруге в размере 50%, поскольку названное имущество являлось общей совместной собственностью супругов. Такой вывод был сделан судами со ссылкой на статьи 34, 35 Семейного кодекса Российской Федерации. При этом суды не учли, что нормы статей 34 и 35 Семейного кодекса Российской Федерации устанавливают лишь состав объектов общей совместной собственности супругов и его правовой режим. Порядок уступки долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью регулируется не данным нормативным актом, а **нормами корпоративного законодательства**.²

Очевидно, разрешить противоречия можно, если проанализировать существо брачного договора, так как именно он, по мнению законодателя, *может изменить* режим совместной собственности супругов:

1. Существует позиция, что изменение хотя бы одного имущественного права или одной имущественной обязанности супруга, которая обычно подпадает под законный режим имущества супругов, *на будущее время* – существенное условие брачного договора.³ Данный критерий позволил бы отграничить брачный договор от иных соглашений,

¹ Определение ВАС РФ от 4 августа 2008 г. N 9739/08 по делу N A53-7093/2007-С1-33 Арбитражного суда Ростовской области и Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 9 апреля 2008 г. по делу по делу N A53-7093/2007-С1-33// СПС «Консультант плюс».

² Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа на постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 11 марта 2009 года по делу N A33-14623/06 Арбитражного суда Красноярского края // СПС «Консультант плюс».

³ Гражданское право: учебник / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Т. 3. - М.: Проспект, 2001. - С. 369.

которые направлены только на совместно нажитое, имеющееся в наличии имущество.

2. По своему содержанию брачный договор предусматривает установление как *режима общей совместной собственности*, так и режима общей долевой или раздельной собственности, иными соглашениями же предусматривается установление только общей долевой или раздельной собственности. Так можно задать вопрос: «Насколько в полной мере изменяют законный режим имущества супругов иные соглашения?» Становится ясным, что только брачный договор способен в полной мере изменить установленный законом режим совместной собственности супругов. Более того, Е.А. Чефранова обращает внимание на то, что существенным условием брачного договора является изменение «правового режима имущества супругов по сравнению с установленным законом режимом общности приобретений».¹

3. Брачный договор *заключается в письменной форме и подлежит обязательному нотариальному удостоверению* (п. 2 ст. 41 СК РФ). Несоблюдение нотариальной формы брачного договора влечет его недействительность (п. 1 ст. 165 ГК РФ). В отличие, например, от соглашения о разделе общего имущества супругов, которое не требует обязательного нотариального удостоверения (п. 2 ст. 38 СК РФ). Думается, что тем самым законодатель предполагал закрепить некие гарантии, в том числе гарантии прав кредиторов при заключении, изменении или расторжении брачного договора (ст. 46 СК РФ).

Представляется, что заключение *иных* соглашений между супругами отвечает общим тенденциям расширения прав и свобод личности в сфере правового регулирования семейных отношений. Такие соглашения имеют *целью изменение законного режима* имущества супругов, что, несомненно, сближает их с брачным договором.² Однако только брачный договор может быть направлен как на наличное имущество, так и на имущество, которое будет приобретено супругами впоследствии (*будущее имущество*), и способен *в полной мере* изменить режим совместной собственности супругов. В связи с этим разрешение перечисленных проблем видится в усовершенствовании законодательства и приведении к единообразию существующей нотариальной практики оформления договоров и практики регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, четкого разделения корпоративного и семейного права.

¹ Чефранова Е.А. Имущественные отношения супругов. М.: Эксмо, 2008. С.144-145.

² Низамиева О.Н. Соглашение об определении долей в общем имуществе и соглашение о разделе общего имущества супругов: особенности правового регулирования // СПС «Консультант плюс».

ИГОРНЫЙ БИЗНЕС: ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ РАЗВИТИЯ

Маман Максим Александрович,
студент 3 курса юридического факультета
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

Научный руководитель:
Гета Юлия Ростиславна,
доцент кафедры гражданско-правовых и
государственно-правовых дисциплин
Сибирского филиала
Международного института экономики и права

Актуальность данной темы трудно переоценить, в силу того что проблема игорного бизнеса существует в современной России.

Цели моей работы:

- показать, как организован игорный бизнес в европейских странах и США;
- раскрыть проблемы российского игорного бизнеса и выявить пути их решения.

Мудрый входит в азарт, не переступая его порога¹.

Чувство азарта, наверное, знакомо каждому. Собственно, вся история человечества начиналась именно с азарта. Да и азартные игры как способ пощекотать нервы возникли еще на заре человечества.

О том, что игра – нечто большее, чем пустое занятие от скуки, свидетельствует ее богатая и древняя история. Когда именно в мире появились азартные игры, историки ответить затрудняются, но тот, что игорный бизнес был частью цивилизации тысячи и тысячи лет - это факт.

Игорный бизнес, согласно ст.364 Налогового Кодекса РФ, - предпринимательская деятельность, связанная с извлечением организациями или индивидуальными предпринимателями доходов в виде выигрыша и (или) платы за проведение азартных игр и (или) пари, не являющаяся реализацией товаров (имущественных прав), работ или услуг.

В настоящее время в Российской Федерации игорный бизнес весьма строго ограничен действующим законодательством. Федеральный закон от 29.12.2006 № 244-ФЗ (ред. от 03.11.2010) "О государственном регулировании деятельности по организации и проведению азартных игр и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации" вносит разного рода ограничения на данный вид деятельности. К ним относятся введение 4 игровых зон в разных субъектах Федерации

¹ Сухоруков Л.С. // Московский Комсомолец. 1986.15 июня.

(Алтайский край - "**Сибирская монета**"; Приморский край - "**Приморье**"; Калининградская область - "**Янтарная**"; Краснодарский край - "**Азов-сити**").), обязательное лицензирование игорного бизнеса и так далее. Тем не менее, данный вид деятельности продолжает развиваться, находя все новые пути обхода закона.

В чем же причина появления в настоящее время стольких проблем, связанных с игорным бизнесом? Почему наше государство столкнулось с массовым открытием разного рода подпольных игровых клубов и казино? Все дело в несовершенстве российского законодательства и методах его применения.

После вступления в силу вышеуказанного Федерального закона значительная часть игорного бизнеса ушла в подполье, после чего по всей стране все чаще органы правопорядка стали ликвидировать игорные заведения.

Согласно статистике, в период с 2007 по 2008 годы в одном только Ставропольском крае действовало не менее 80 подпольных казино. В Оренбургской области в этот же период было закрыто более 60 нелегальных игорных заведений и изъято более 1000 игровых автоматов.

Позже, за второе полугодие 2009 года, органы внутренних дел закрыли более 1 400 игорных заведений, из них — 40 казино и около 1 300 залов игровых автоматов по всей стране

Нарушения закона в этой сфере вскрывались и в 2010 году. Так, в феврале в центре Москвы было ликвидировано подпольное казино (суммарная номинальная стоимость изъятых в нём игровых фишек превысила \$10 млн). В марте была раскрыта сеть подпольных игорных салонов на территории Северо-Западного федерального округа и Волгоградской области, включавшая 47 игровых салонов и более 1 300 - игровых автоматов, и ликвидировано подпольное казино в Хабаровске (суммарная номинальная стоимость изъятых игровых фишек превысила 58 млн. руб.)

Данная статистика показывает, насколько ярко выражена игровая зависимость населения России. Иначе открывались бы тогда подпольные казино, не будь у них такого спроса в народе? А как показывают исследования, данный вид зависимости мало отличается от известных всем алкоголизма и наркомании.

Владельцы игорного бизнеса все чаще находят способы обойти законодательство. Многие делают это, совсем не противореча российскому законодательству.

Так, например, с июля 2010 года некоторые российские турфирмы стали предлагать так называемые джанкет-туры: трёх-четырёхдневные туристические поездки в страну, где игорный бизнес разрешён (например, Мальта, Монако, Словения) — специально для игры в казино. Особенность таких поездок заключается в том, что каждый из джанкет-туристов заранее

помещает несколько тысяч долларов на специальный депозит, который после прибытия в страну обменивается на фишки того казино, по договорённости с которым этот джанкет-тур организован.

Еще одним из способов занятия игорным бизнесом, не нарушая закона, является открытие казино на судне, когда то находится в нейтральных водах. Примером тому является случай, когда между Санкт-Петербургом и Хельсинки начал курсировать паром (1 638 пассажиров). Среди развлекательных заведений лайнера имелось и казино, которое открывалось, как только он покидал территориальные воды России или Финляндии. Такое становится возможным, поскольку в нейтральных водах действуют законы не страны отправления или прибытия, а страны, под флагом которой ходит судно (в данном случае — законы Мальты)

Помимо вышесказанного существуют также проблемы, непосредственно связанные с самими игорными зонами в России.

Одной из таких проблем является проблема инвестиций.

Многие иностранные компании как условие вхождения в проект игорной зоны озвучили помимо инфраструктуры также наличие аэропорта, чтобы был какой-то туристический пассажиропоток. Дело в том, что игорный бизнес без туристической отрасли не может функционировать. В том же Лас-Вегасе доход от игорного бизнеса составляет всего 10% от общего: остальной доход приносит туризм. И вообще, что касается строительства российского Лас-Вегаса, то не будем заблуждаться. Лас-Вегас - изначально поселение, а не голое поле, единственная перевалочная база по дороге через пустыню. То есть там был значительный поток переселенцев, и они могли переночевать только в одном месте. Лас-Вегас был обречен на успех, а Азов-Сити - это тупиковая территория. Там нет трафика туристов, нет транзитных пассажиров. Кроме того, прославленные Лас-Вегас, Канзас-Сити, Атлантик-Сити, Монте-Карло, Макао и др. - это в основном крупные города-миллионники, обеспеченные развитой коммунальной и транспортной инфраструктурой, с огромным ресурсом квалифицированных кадров. Поэтому в игорной зоне в первую очередь необходим государственный подход не только в строительстве коммунальной инфраструктуры, но и в формировании туристической инфраструктуры данной территории. Региональные бюджеты самостоятельно не потянут такой масштабный проект, это очевидно.

У нас все делают наоборот: сначала хотят поставить казино и при этом сделать туристический бизнес - это ошибочно. Но можно понять региональные власти, потому что есть Федеральный закон, и у них один выход - его исполнять.

Все сказанное выше, свидетельствует только о том, что российское законодательство в сфере игорного бизнеса имеет множество пробелов, что влечет за собой соответственно рост правонарушений в данной области.

Как же зарубежные страны контролируют данную сферу бизнеса?

Каждое государство старается выбрать наиболее оптимальную модель регулирования игорного бизнеса. Какие-то страны полностью разрешают данный вид деятельности, какие-то совершают контроль и регулирование игорных организаций, а в некоторых и вовсе заниматься игорным делом запрещено.

Так, например, во Франции игорные заведения разрешены в курортных местах — преимущественно на Лазурном берегу и в крупнейших городах страны. В Париже и других крупных городах, не являющихся туристическими центрами, игорная деятельность запрещена. Так государство оберегает собственных граждан от негативных последствий пристрастия к азартным играм и зарабатывает на туристах.

В США игорный бизнес сконцентрирован преимущественно в 2 зонах: Лас-Вегасе и Атлантик-Сити. И хотя именно за счет «азартных» инвестиций эти города превратились в оазисы развлечений, сегодня игорный бизнес приносит лишь 40% доходов развлекательных комплексов, в то время как львиная доля выручки приходится на отели, рестораны, спортзалы, магазины, аттракционы и кинотеатры. Как ни парадоксально, но туризм оказался доходнее игорного бизнеса.

Наиболее эффективной считается английская модель регулирования игорного бизнеса. Казино в Великобритании можно открывать в более чем полусотне специальных зон. При этом такие заведения делятся с государством частью прибыли и финансируют организации, оказывающие помощь лицам, страдающим игровой зависимостью, так называемым игроманам.

Как правило, все ограничения и запреты игорного бизнеса направлены на то, чтобы оградить население от игровой зависимости, а так же снизить уровень преступности, которую зачастую данный вид бизнеса порождает.

Исходя из вышеизложенного, ясно, что существует необходимость совершенствования российского законодательства. Так, нужно усложнить систему лицензирования игорного бизнеса. Должен быть установлен ряд требований, которым должны соответствовать субъекты, желающие открыть организацию, связанную с игорной деятельностью. Запрет должен распространяться на лиц, которые были осуждены за уголовные преступления, были признаны судом виновными в нарушении налогового законодательства, когда-либо были связаны с нелегальным игорным бизнесом, а также для лиц, предприятия которых были признаны банкротом. Таким образом, из игорного бизнеса будут исключены криминальные элементы и неудавшиеся предприниматели, что подчеркнет особую ответственность в данной сфере деятельности.

Следует внести изменения в статью 30 Гражданского кодекса и включить игровую зависимость как причину признания гражданина ограниченно дееспособным.

Решение задачи по сокращению численности игорных заведений на территории Российской Федерации возможно и без применения метода "радикальной изоляции" азартных игр, путем установления следующих требований в Федеральном законе № 244-ФЗ:

- разрешить открытие казино площадью не менее 1000 кв. м в гостиницах и туристических комплексах субъектов Российской Федерации;

- разрешить открытие залов игровых автоматов с выплатой денежных выигрышей в гостиницах и туристических комплексах субъектов Федерации.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ВЕЩНЫМИ ПРАВАМИ ПРАВ СОБСТВЕННИКА КАК ОСНОВНОГО ТИТУЛЬНОГО ВЛАДЕЛЬЦА

Масалимова Альбина Алмазовна
аспирантка кафедры гражданского права
Башкирского государственного университета

Научный руководитель:
Тужилова-Орданская Елена Марковна
д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой гражданского права
Башкирского государственного университета

Современный оборот недвижимого имущества требует существования нескольких прав на одну вещь, в силу которого собственник вынужден терпеть осуществление иного права на свою вещь.

В римском частном праве, и в исследованиях отечественного законодательства 19 века было отмечено, что обременение недвижимого имущества собственника ограниченными вещными правами стесняет право собственности¹. Например, Г.Ф. Шершеневич относил сервитуты к ограничениям собственника в свободном пользовании своей вещью².

В современном отечественном праве стеснения, претерпеваемые собственником при обременении недвижимого имущества правами третьих лиц, трактуется следующим образом. В законе «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» ограничения (обременения) определены как «...наличие установленных законом или уполномоченными органами в

¹См., напр.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник. М.: Норма, 2007. С. 217.

²См.: Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 297.

предусмотренном законом порядке условий, запрещений, стесняющих правообладателя при осуществлении права собственности <...> на конкретный объект недвижимого имущества»¹. Имущественные права по поводу владения, пользования, распоряжения чужой недвижимой вещью законодатель отнёс к обременениям права собственности².

Интерес представляет соотношение понятий «обременение права собственности» и «ограничение права собственности». Приведённое официальное определение указывает, что законодатель употребляет эти термины как синонимы. В юридической литературе эти понятия различаются.

Одни исследователи подходят к ограничениям и обременениям права как к взаимосвязанным элементам. Так, например, В.П. Камышанский под обременениями понимает «...привнесённое извне право третьих лиц, затруднение, препятствующее собственнику вещи свободно в полном объёме реализовать свои правомочия»³; ограничением же в трудах учёного является «...ответная реакция собственника на обременение, которая вынуждает его воздерживаться от определённых действий в отношении принадлежащего ему имущества, стесняет его»⁴. Об ограничении права собственности правами третьих лиц, возникающих по поводу владения, пользования и распоряжения чужим имуществом, писали такие авторы, как К.И. Скловский, П.В. Крашенинников и др.⁵.

Другая точка зрения заключается в разграничении ограничений и обременений как различных понятий, не обладающих причинно-следственными связями. Ограничения устанавливаются в интересах общества и государства, являются границами, пределами права собственности, а потому не могут устанавливаться различными сделками. Обременениями же являются наличие прав третьих лиц на имущество собственника, они устанавливаются на взаимной основе по соглашению сторон⁶.

Несомненно, что ограничения как границы права собственности, установленные законодательством, и обременения права собственности правами третьих лиц являются различными явлениями. Официальное определение указывает, что следствием обременений являются стеснения правообладателя при осуществлении права собственности. Глагол «стеснить», образующий слово стеснение, толкуется в русском языке как

¹См.: Ст. 1 указанного закона.

²См., напр.: п. 2 ст. 22 ЖК РФ; п. 1 ст. 4 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»; п. 2 ст. 1138 ГК РФ и др.

³Указ. соч. - С. 138.

⁴Там же.

⁵См.: Скловский К.И. Собственность в гражданском праве: учеб. пособ. М.: Дело. 1999. С. 383; Крашенинников П.В. Жилищное право. М.: Статут. 2004. С. 56, 59.

⁶См., более подробно, например : Лужина А.Н. Ограничения и обременения прав на недвижимое имущество в России и Франции: автореферат дисс...к.ю.н. М., 2006; Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М.: Статут, 2007.

«ограничить свободу в чём-нибудь».¹ Следовательно, обременения, то есть имущественные права на вещь другого лица, приводят к ограничениям осуществления права собственности. Смысл глагола ограничить кроется в таких словосочетаниях, как поставить в какие-нибудь рамки, границы, определить какие-нибудь условия². Анализ официального определения в конечном итоге показывает, что обременения приводят к установке рамок, границ, определению условий, но не в самом субъективном праве, пределы которого определяются объективным правом, а в осуществлении, реализации этого права. Таким образом, особенность осуществления права собственности при обременении имущества правами третьих лиц кроется в различных стеснениях, ограничениях, претерпеваемых собственником. Такие стеснения основываются на законодательном требовании соблюдения и ненарушения прав, интересов правообладателей, а также на иных обязанностях, запретах и условиях. Границы в осуществлении права собственности, обременённого правами третьих лиц, отпадают при прекращении имущественных прав, их породивших, и возможность реализации права собственности на жилое помещение, предоставляемое объективным правом, восстанавливается в полном объеме, в чем выражается эластичность права собственности. Так эти границы, вызванные имущественными правами носят условный и временный характер. Особенность реализации права собственности при обременении жилого помещения правами третьих лиц состоит также в распределении бремени содержания жилого помещения между собственником и дееспособными правообладателями.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ АКЦИОНЕРОВ

Мишин Никита Александрович,
студент 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Богданова Инна Сергеевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Акционерные общества как организационно-правовая форма юридического лица широко распространены в среднем и в крупном

¹См.: Ожегов С.И., Шведкова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М.: ООО «А ТЕМП», 2006. С. 767.

² Ожегов С.И., Шведкова Н.Ю. Указ. соч. С. 444.

бизнесе, как в России так и за рубежом. Поэтому вопросы защиты прав акционеров является весьма актуальными.

Иностранные инвестиции прочно укоренились в крупных российских корпорациях, ярким примером тому может служить крупнейшая российская компания «Норильский никель», 25 % акций которого принадлежит BNY Mellon (the Bank of New York Mellon)¹. Поэтому создание надлежащей правовой основы для защиты интересов и прав акционеров позволяет рассчитывать на стабильность гражданского оборота и инвестиционную привлекательность акционерных обществ, а, следовательно, на развитие экономики.

Наибольшую сложность при решении вопроса о защите прав акционеров является выбор наиболее эффективного способа такой защиты. Проблема заключается в том, что зачастую, судебная тяжба не является выгодной ни сторонам, ни репутации корпорации в целом. Поэтому, весьма привлекательными являются неюрисдикционные способы предотвращения и урегулирования корпоративных конфликтов в рамках механизма защиты прав акционеров.

Для определения механизма защиты прав акционеров определимся с содержанием последних.

Автор разделяет точку зрения И.А. Покровского, согласно которой содержание права находится в прямой и непосредственной зависимости от содержания человеческих интересов².

Исходя из этого, рассмотрим одну из классификаций интересов акционеров:

1) интерес в получении части дохода АО в виде дивиденда, приходящегося на его долю в уставном капитале общества;

2) интерес в получении части имущества АО в случае его ликвидации;

3) интерес, связанный с контролем над вложенным капиталом (интерес в управлении обществом);

4) интерес в получении дохода от продажи акций общества³.

Теоретически действия акционеров в рамках складывающихся корпоративных отношений подчинены общему интересу, а именно непосредственному повышению прибыльности "общего дела", опосредованному повышению своих доходов в результате успешности бизнеса. Однако на практике несоответствие воле определенных групп акционеров друг другу либо воле акционерного общества как целого субъекта, неодинаковый объем прав, установленный законом за

¹ Официальный веб сайт ГК «Норильский никель» / <http://www.nornik.ru/investor/stockinfo/capital>. (Данные официального сайта на апрель 2010 г.)

² Основные проблемы гражданского права (по изданию 1917 г.) / Покровский И.А. - М.:Статут, 2003. С. 132.

³ Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации / Гуреев В.А. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 48.

различными группами акционеров, ведет к возникновению корпоративных конфликтов и нарушению прав какой-то из групп акционеров¹.

Отчасти это объясняется тем, что интересы миноритариев, как правило, сводятся лишь к регулярному получению дивидендов, в то время как интересы владельцев крупных пакетов акций состоят в стратегическом развитии компании и эффективном управлении в долгосрочной перспективе, что может подразумевать отказ от выплаты дивидендов за определенный период.

Интересы акционеров объективируются в правах, закрепленных в нормах ГК РФ и ФЗ РФ «Об акционерных обществах», тем самым интересы приобретают возможность защиты.

Понятия механизма защиты и способов защиты прав акционеров, на наш взгляд, не тождественны.

Думается, что механизм защиты прав акционеров включает в себя не только способы защиты прав, предусмотренные статьей 12 ГК РФ, но также следующее:

- различные блоки корпоративного регулирования, создаваемые посредством унификации и гармонизации норм, разрабатываемые международными организациями, например, принципы, установленных Кодексом ОЭСР (Организация экономического сотрудничества и развития);

- кодексы корпоративного поведения, значительно повышающие уровень корпоративного управления, следовательно и степень защищенности прав акционеров;

- международные и национальные рейтинги корпоративного управления.

Способы защиты гражданских прав указаны в статье 12 ГК РФ. Рассмотрим практику применения нескольких из них. Применительно к корпоративным правоотношениям последнее время активно используются виндикационные иски. В информационном письме Президиума ВАС РФ «Обзор практики разрешения споров по сделкам, связанным с размещением и обращением акций» от 21.04.1998 № 33² было отмечено, что требование собственника (уполномоченного собственником лица) о возврате акций, предъявленное к добросовестному приобретателю, носит виндикационный характер и может быть удовлетворено лишь при наличии условий, предусмотренных ст. 302 ГК РФ. Следовательно, как указал Президиум ВАС РФ, суд должен исследовать обстоятельства, на основании которых можно сделать вывод о добросовестности или недобросовестности приобретения акций³.

¹ Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе / Под ред. Е.П. Губина. М., 1999. С. 19.

² Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21.04.1998 № 33 // СИС «Консультант Плюс».

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 28.12.1999г. № 1293/99 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 4.

О восстановлении положения акционера именно как о последствии удовлетворения виндикационного требования говорится в одном из Постановлений Президиума ВАС, где специально подчеркнуто, что «суды обоснованно ... удовлетворили иски о виндикации акций, поскольку они были изъяты из владения собственников помимо их воли. Так как в рассматриваемом случае были установлены фактические владельцы ценных бумаг, неправомерно изъятых у истцов, суды восстановили положение, существовавшее до нарушения прав акционеров, списав акции с лицевых счетов названных лиц»¹. Итак, из данного постановления, очевидно, следует признание допустимости заявления виндикационного иска в отношении акций - бездокументарных ценных бумаг. Данная позиция была подтверждена Президиумом ВАС РФ в целом ряде судебных актов, принятых им впоследствии².

Помимо виндикационного иска, в последнее время на практике получил распространение такой способ как восстановление корпоративного контроля. В самом общем виде он представляет собой требование о непосредственном увеличении судом размера доли участника без изъятия доли у другого участника (путем признания права на долю, виндикации, либо реституции по недействительной сделке). Поэтому, по сути, содержание восстановления корпоративного контроля схоже с реституцией.

Актуален вопрос возможно ли применить восстановление корпоративного контроля к отношениям внутри акционерного общества. Прямого ответа на этот вопрос практика Президиума ВАС РФ не дает, но в его постановлении от 15.07.2008 № 5022/08 по спору между акционером и акционерным обществом было специально отмечено, что заявленное истцом требование исходя из характера нарушений, на которые он ссылается, и его отношений с обществом, не направлено на восстановление корпоративного контроля. Думается, что восстановление корпоративного контроля не является способом защиты прав акционеров.

Таким образом, для обеспечения наиболее эффективной защиты прав акционеров необходимо совершенствование корпоративного законодательства; реализация принципов, закрепленных в кодексах корпоративного поведения, а также принципов, являющихся результатом влияния международных организаций, процессов унификации и гармонизации; использование национальных и международных рейтингов корпоративного управления; повышение уровня корпоративной культуры участников рынка ценных бумаг.

¹ Постановлении Президиума ВАС РФ от 05.09.2006 № 4375/06 // СИС «Консультант Плюс».

² Восстановление корпоративного контроля в системе способов защиты корпоративных прав. Комментарий судьи ВАС РФ Маковской А. А. / http://www.lin.ru/news_item.htm?id=463889113398102197.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ ПОД МНОГОКВАРТИРНЫМИ ДОМАМИ

Модестов Владимир Андреевич,
Модестова Анна Вячеславовна,
студенты 5 курса Юридического института
Сибирского федерального университета;

Научный руководитель:
Качур Нина Фёдоровна
к.ю.н., доцент,
заведующая кафедрой гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В силу положений Жилищного кодекса Российской Федерации земельный участок под многоквартирным домом принадлежит на праве общей долевой собственности собственникам помещений в данном доме.

Домовладельцы вправе использовать такой земельный участок по своему усмотрению и в своих интересах.

Вопрос о пределах использования земельного участка относится к компетенции общего собрания собственников помещений (ч. 2 статьи 44 ЖК РФ), решение по нему принимается квалифицированным большинством не менее двух третей голосов от общего числа (ч.1 ст. 46 ЖК РФ). Проблема заключается в том, что мнения отдельных собственников по обсуждаемому вопросу не учитываются. Решение общего собрания является обязательным для всех собственников помещений, в том числе для тех, которые не участвовали в голосовании или голосовали против.

Довольно часто на земельных участках под многоквартирными домами устанавливают ограждения: шлагбаумы, ворота, заборы, препятствующие свободному доступу на земельный участок, организуют пропускной режим для въезда на придомовую территорию.

Решение об установке ограждений может нарушить интересы некоторых собственников помещений, например, ухудшить условия использования встроенно-пристроенных нежилых помещений в многоквартирном доме в предпринимательских целях.

Исходя из анализа действующего законодательства, у собственников помещений в многоквартирном доме, имеющих право общей долевой собственности на земельный участок, на котором установлены шлагбаумы и ограждения, есть несколько вариантов защиты нарушенных прав.

1) первый вариант – оспаривание решения общего собрания об установке шлагбаума. В таком случае необходимо доказать, что нарушен

порядок принятия решения общего собрания, установленный ЖК РФ. В качестве аргументов собственник может сослаться на нарушение процедуры проведения общего собрания, отсутствие кворума и т.д.

2) другим возможным способом защиты нарушенных прав является обращение в суд с требованием об определении порядка пользования общим имуществом в соответствии со статьей 247 Гражданского кодекса Российской Федерации. Порядок пользования должен быть согласован с каждым собственником помещения в многоквартирном доме.

3) еще одним способом защиты является предъявление негаторного иска.

Анализ судебной практики показывает, что этот вариант является наиболее распространенным среди собственников помещений.

Между тем при предъявлении негаторного иска истцу не всегда удастся доказать совершение противоправных действий со стороны ответчика, которые нарушали бы право истца пользоваться принадлежащим ему помещением. В суде крайне сложно доказать то, что на момент обращения истца с иском в суд ему не разрешен проезд, проход на придомовую территорию, огражденную забором, либо через установленный шлагбаум.

В ряде случаев, отказывая в удовлетворении негаторного иска собственников помещений в многоквартирном доме об устранении препятствий в пользовании, связанных с установкой шлагбаумов, суд ссылается также на то, что удовлетворение интересов истца может повлечь нарушение прав других собственников помещений. Достичь баланса интересов по данной категории споров очень сложно.

В судебной практике также встречаются и решения, когда суд признает доказанным факт нарушения прав собственников помещений и удовлетворяет иски об устранении препятствий в пользовании земельными участками под многоквартирными домами, на которых установлены ограждения.

Интересно, на наш взгляд, следующее дело. Отделение Сбербанка обратилось в Арбитражный суд Пермского края с исковым заявлением к ТСЖ, в котором просило суд предоставить доступ для проезда на придомовую территорию инкассаторских машин и служебного автотранспорта через шлагбаум и ворота. Удовлетворяя исковые требования, суды пришли к выводу, что необходимость проезда к принадлежащим истцу нежилым помещениям служебного автотранспорта, обусловлена характером его деятельности и является производственной необходимостью.¹

Внимания заслуживает еще один случай из практики.

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 27.11.2008 № Ф09-8904/08-С6 по делу № А50-16187/07 // http://kad.arbitr.ru/data/pdf/92bdb24d-f6a0-457e-a2d1-ce0777efc6ef/A50-16187-2007_20081127_Reshenija+i+postanovlenija.pdf.

ООО "Классик-Фарм", занимающееся розничной продажей медикаментов обратилось в Арбитражный суд Свердловской области с иском к ТСЖ об устранении препятствий в пользовании нежилым помещением. Оно требовало предоставить возможность подъезда автотранспорта к запасному выходу аптеки, который расположен во дворе многоквартирного дома, для выгрузки медикаментов.

Возражая против иска, ТСЖ ссылалось на то, что осуществление погрузки и разгрузки лекарственных препаратов и других товаров возможно в ранние утренние часы до начала работы аптеки со стороны магистрали (общего входа в аптеку). По мнению ООО «Классик-Фарм», этот довод не может быть принят судом во внимание, поскольку решением Арбитражного суда Свердловской области истец был привлечен к административной ответственности в том числе и за нарушение требований подп. "а" п. 4 Положения о лицензировании фармацевтической деятельности, утвержденного постановлением Правительства РФ от 06.07.2006 N 416, п. 4.1 Отраслевого стандарта ОСТ 915500.05.007-2003 "Правила отпуска (реализации) лекарственных средств в аптечных организациях. Основные положения".¹ Данный пункт Отраслевого стандарта подразумевает проведение погрузочно-разгрузочных работ при приемке лекарственных препаратов с запасного выхода.

Учитывая все обстоятельства, арбитражный суд Свердловской области иск удовлетворил, обязал ТСЖ "Белинский" устранить препятствия в праве пользования придомовой территорией, указав на то, что правом на негативный иск обладают собственник, а также титульный владелец, которые владеют вещью, но лишены возможности пользоваться или распоряжаться ею.² Решение не было обжаловано и вступило в законную силу.

Резюмируя изложенное, выделим условия для удовлетворения негативного иска.

1) Истец должен являться собственником или титульным владельцем земельного участка;

2) Необходимо доказать наличие препятствий в осуществлении права собственности и на момент подачи иска, и на момент вынесения решения (обязанность доказать факт нарушения права пользования имуществом лежит на собственнике этого имущества в силу статьи 65 АПК РФ);

3) Препятствия в осуществлении права собственности не соответствуют закону.

¹ Об утверждении Отраслевого стандарта "Правила отпуска (реализации) лекарственных средств в аптечных организациях. Основные положения: Приказ Минздрава РФ от 04.03.2003 № 80 // Российская газета. 2003. № 52.

² Решение Арбитражного суда Свердловской области от 11.06.2008 по делу № А60-1396/2008-С1 // http://kad.arbitr.ru/data/pdf/628beebd-47d3-4a9a-a64b-d90bcb201010/A60-1396-2008_20080611_Reshenija+i+postanovlenija.pdf .

В условиях плотной городской застройки нередко собственники помещений одного многоквартирного дома нарушают права собственников помещений соседнего дома. Так земельный участок, отведенный для эксплуатации одного жилого дома, нередко используется жильцами другого дома. Например, чужой земельный участок, прилегающий к многоквартирному дому, самовольно захватывается, ограждается забором и используется под парковку.¹ Представляется, что в таком случае также необходимо защищать нарушенные права с помощью негаторного иска.

Земельные участки, на которых расположены многоквартирные дома, могут быть предназначены для использования не только собственниками помещений в этих домах, но и другими лицами. Поэтому наличие оградений земельных участков, установка ворот и шлагбаумов могут привести к нарушению прав иных лиц.

Нам представляется, что третьи лица могут защитить свои права только путем установления сервитута в соответствии с положениями гражданского и земельного законодательства (п. 1 ст. 274 ГК РФ, п. 3 ст. 23 ЗК РФ).

Частные сервитуты, устанавливаются между конкретными субъектами по соглашению сторон либо в судебном порядке.

Судебная практика по искам о предоставлении права ограниченного пользования соседним земельным участком, расположенным под многоквартирным домом, только формируется. Нередко суды ошибочно к отношениям по установлению сервитута применяют нормы о негаторном иске.

По одному из дел арбитражный суд указал, что требование истца об обеспечении ему беспрепятственного проезда по территории соседнего земельного участка по существу является требованием об установлении сервитута, которое не может быть разрешено в рамках негаторного иска, так как из содержания ст.ст. 304, 305 ГК РФ следует, что посредством негаторного иска можно устранить помехи в пользовании своим имуществом, но невозможно установить определенный порядок пользования чужим имуществом.²

В силу того что участок под многоквартирным домом находится в общей долевой собственности собственников помещений в данном доме, требования об установлении сервитута необходимо предъявлять к каждому

¹ Решение Арбитражного суда Омской области от 23.10.2009 по делу № А46-11347/2009 // http://kad.arbitr.ru/data/pdf/725a646a-2811-469c-96e0-5c4a900a15d8/A46-11347-2009_20091023_Reshenie.pdf;

² Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.07.2007 № 17АП-4499/07-ГК по делу № А60-2554/07-С2 // http://kad.arbitr.ru/data/pdf/0513fdd8-defb-4c2e-8274-fd6b88c9f423/A60-2554-2007_20070730_Reshenija+i+postanovlenija.pdf; Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 12.11.2007 № Ф09-9235/07-С6 по делу № А60-2554/2007 // http://kad.arbitr.ru/data/pdf/a7b7b113-4677-44f5-afee-88a58c1a2678/A60-2554-2007_20071112_Reshenija+i+postanovlenija.pdf.

из собственников. Однако это весьма затруднительно, поэтому зачастую заинтересованные лица обращаются с исками об установлении права ограниченного пользования к товариществам собственников жилья, созданным в многоквартирных домах, к администрации муниципального образования. Суды считают этот подход неправильным и отказывают в удовлетворении таких исков.

Спорным представляется вопрос об установлении платы за сервитут. Не совсем понятно, какая плата будет соразмерна убыткам собственников, возникшим в результате установления сервитута. На наш взгляд, соразмерная плата не должна превышать земельного налога на земельный участок, обремененный сервитутом.

Согласно п. 1 ст. 27 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» сервитут вступает в силу после его регистрации в Едином государственном реестре прав. Но право общей долевой собственности на земельный участок возникает независимо от его государственной регистрации, поэтому возможна ситуация, когда земельный участок сформирован, поставлен на кадастровый учет, а государственная регистрация в ЕГРП отсутствует. В таком случае невозможно зарегистрировать и сервитут.

Подведем итог. Анализ действующего законодательства и судебной практики показывает, что использовать земельный участок под многоквартирным домом могут как собственники этого участка, так и третьи лица. Однако объем правомочий для этих двух категорий различен. Этим обусловлено и различие в способах защиты их прав.

К ВОПРОСУ О ПРЕЗЮМИРОВАНИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

Молчанова Марина Сергеевна,
студентка 2 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Кравцов Алексей Юрьевич,
доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

В России институт морального вреда имеет сравнительно небольшую историю. Первое упоминание о нем было ещё в 1917 году, однако проект «О обязательственном праве» так и не был воплощён в жизнь. Впервые легализован термин 27 октября 1960 в УПК РСФСР ст 53, но о компенсации пока речь не идёт, речь идёт лишь заглаживании

вреда. Профессор И. С. Ной считает, что, поскольку о возмещении имущественного вреда говорится отдельно и при этом в тексте статьи не указывается прямо, об устранении каких видов вреда идёт речь, можно сделать вывод, что здесь имеются в виду два других вида вреда – физический и моральный – из числа упоминавшихся в ст. 53.¹ Считается, что данный институт не имел конкретики и поэтому имел лишь формальное значение. Впервые возможность материальной компенсации морального вреда получила правовое закрепление в ст. 39 Закона СССР от 12 июня 1990 «О печати и других средствах массовой информации». Но действие закона имело весьма ограниченный характер. Лишь в 1994 году законодатель кодифицировал определение морального вреда. Профессор С. М. Воробьёва считает, что одним из недостатком является отсутствие положений, связанных с наступлением последствий от причинения морального вреда, что подвергает сокращению объем нарушаемых нематериальных благ.² Таким образом, институт морального вреда является до конца не разработанным, а это в свою очередь толкает практику на создание прецедентов, однако и практика судов сегодня не совсем единообразна. К примеру профессор Д. В. Котов полагает, что из-за отсутствия единообразной практики решения данного вопроса судьи вынуждены самостоятельно, исходя из своего понимания права, на основе собственных убеждений и жизненного опыта, определять размер компенсации морального вреда.³

Именно поэтому многие вопросы, связанные с компенсацией морального вреда, остаются открытыми. К примеру, одним из таких вопросов является вопрос доказывания по данной категории гражданских дел. Для начала необходимо разобраться с самой категорией морального вреда. С точки зрения компенсации морального вреда вредом признаётся негативное изменение в охраняемом законом благе. Охраняемые законом блага перечислены в ст. 150 ГК РФ, в свою очередь Конституция РФ указывает, что перечисленные в ней основные права и свободы не должны толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина (ч. 1 ст. 55). Исходя из ст. 151 ГК РФ, моральный вред – это физические и нравственные страдания. Это означает то, что действия причинителя вреда должны обязательно найти своё отражение в сознании потерпевшего. Профессор А. М. Эрделевский считает, что содержание переживаний состоит в страхе, стыде, унижении либо ином неблагоприятном психологическом состоянии. Можно сказать, что в своём утверждении он во многом опирается на постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20.12.94 №10

¹ Ной И. С. Вопросы теории наказания в советском уголовном праве. – Саратов, 1962. – С. 103.

² Воробьёва С. М. Современное развитие института компенсации морального вреда в российском праве // Российский судья. 2004. №3. С. 56-67.

³ Котов Д. В. Критерии определения размера компенсации морального вреда // Адвокат. 2004. № 8. С. 52.

«Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда», в котором говорится, что моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий и др. Таким образом Верховный Суд Российской Федерации понимает нравственные страдания как страдания, связанные с болью, либо психическими переживаниями, а они в свою очередь могут быть растяжимы по времени, именно поэтому возможна компенсация вторичного морального вреда. Например, моральный вред причинён физическими страданиями, которые повлекут нравственные страдания.

Что же касается проблем в доказывании, то в первую очередь следует отметить, что по делам о компенсации морального вреда применяются общие правила, установленные ст. 56 ГПК РФ: каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено законом. Думается, что в данном случае применение общего правила достаточно ясно и не требует каких-либо дополнительных пояснений. Интересным представляется исследование вопроса о возможности применения специальных правил, т.е. иных установлений закона.

В предмет доказывания по делам о компенсации морального вреда входят следующие юридические факты:

1) имели ли место действия (бездействие) ответчика, причинившие истцу нравственные или физические страдания, в чем они выражались и когда были совершены;

2) какие личные неимущественные права истца нарушены этими действиями (бездействием) и на какие нематериальные блага они посягают;

3) в чем выразились нравственные или физические страдания истца;

4) степень вины причинителя вреда (в том случае, если она должна учитываться);

5) размер компенсации.

Существуют и другие точки зрения. Профессор А. М. Эрделевский считает, что собственно размер компенсации не входит в предмет доказывания. Предметом доказывания по гражданскому делу является совокупность юридических фактов (юридический состав), образующих основание иска. Доказыванию, в частности, подлежит характер причиненных страданий, степень вины причинителя вреда, наличие у

потерпевшего индивидуальных особенностей, так как эти обстоятельства учитываются судом при определении размера компенсации (ст.151 и 1101 ГК РФ).

Предметом иска о компенсации морального вреда является субъективное право истца на компенсацию такого вреда в денежной форме, а содержанием - то действие или совокупность действий, о совершении которых истец просит суд: в данном случае - признать право истца на компенсацию морального вреда в принципе; определить денежный размер компенсации морального вреда; взыскать с истца компенсацию в определенном судом размере.

Так или иначе данный перечень не является исчерпывающим, поэтому каждый раз при рассмотрении того либо иного дела необходимо учитывать индивидуальные обстоятельства. В любом случае всё предусмотреть невозможно, поэтому в каждом судебном заседании вопрос компенсации должен определяться с учётом многообразия характера дел, их неповторимости и самобытности, а также обстоятельств дела, т. к. каждый гражданско-правовой спор имеет свои особые составляющие и отличительные черты.

Высказывается мнение о необходимости закрепления доказательственных презумпций по делам о компенсации морального вреда. Но даже и без закрепления указанной презумпции в нормах права можно озадачиться вопросом: возможно, она уже сформировалась как фактическая презумпция, то есть законодательно она не закреплена, но в сознании достаточно большой группы людей, в том числе и судей, эта презумпция заняла надежное место.

Под презумпцией понимается какое-либо предположение. Можно сказать, что юридическая презумпция – это утверждение о конвенционально-достоверном существовании факта, связанного гипотетической связью с другим (другими), достоверно установленным фактом или фактами. Профессор Ю.А. Сериков предлагает следующее определение правовой презумпции - это закреплённый в норме права вероятностный вывод о факте, который принимается судом без процедуры доказывания в случае установления связанного с ним факта (факта-основания) и неопровержения путем доказывания иного факта.¹ В целом схожее определение предлагается и профессором О.В. Баулиным, который указывает, что под презумпцией следует понимать закреплённое специальной процессуальной нормой исключительное правило, применяемое вместо общего правила распределения обязанностей по доказыванию, на основании которого при доказанности определенного состава юридических фактов допустим вывод о существовании связанного

¹ Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. М., 2006. С. 25.

с ним факта.¹ Следует отметить, что отнюдь не любое предположение может оцениваться как правовая презумпция.

Определяя значение правовых презумпций, большинство авторов выделяют таковых два. Первое - являются способом установления обстоятельств гражданских дел,² и второе - являются способом уточнения распределения обязанностей по доказыванию между сторонами. Полагаем, что в данном случае отражается взгляд на презумпции как двустороннее целое, имеющее материально-правовой и процессуально-правовой элементы.³

В качестве целей закрепления презумпции в праве различные авторы выделяют следующие. Профессор А.Т. Боннер упоминает о том, что в этом случае (применения презумпции) удастся обойтись без доказывания фактов, положительное установление которых явилось бы затруднительным, а то и невозможным, в связи с чем права и законные интересы лиц, участвующих в деле, оказываются надежно защищенными. Профессор М.К. Треушников отмечает, что в интересах защиты прав стороны, поставленной в более трудные условия с точки зрения доказывания фактических обстоятельств, нормы материального права содержат исключения из общего правила, перелагая обязанность доказывания факта или его опровержение не на ту сторону, которая о нем утверждает, а на противоположную.⁴

Таким образом позиция сторонников закрепления презумпции состоит в том, что основанием для вывода о наличии морального вреда служит наблюдение, точка зрения жизни, практика. Считается, что принятия во внимание лишь данного признака презумпции явно недостаточно для законодательного закрепления такового порядка вещей в качестве законодательной презумпции. В обоснование можно привести следующие аргументы:

1. Не следует забывать о закрепленных в ст. 123 Конституции Российской Федерации принципах состязательности и процессуального равноправия. Закрепление правовых презумпций нисколько не должно их умалять, наоборот, должно способствовать наиболее полной реализации. Авторы, ратующие за законодательное закрепление презумпции морального вреда, принимают во внимание необходимость защиты интересов истца, облегчая ему процесс доказывания, и не принимают при этом во внимание необходимость защиты интересов противной стороны - ответчика. В каком положении в данном случае оказывается ответчик? В случае применения судом указанной презумпции он должен будет доказать "непретерпевание" истцом морального вреда в случае, если желает быть

¹ Баулин О.В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004. С. 228.

² Боннер А.Т. Установление обстоятельств гражданских дел. М., 2000. С. 135.

³ Штутин Я.Л. Предмет доказывания в советском гражданском процессе. М., 1963. С. 99 - 100.

⁴ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 66 - 67.

освобожденным от ответственности. При этом практически все авторы, предлагающие введение презумпции морального вреда, обращают внимание на несомненную возможность ее опровержения ответчиком. Ответчик, доказав, что своими неправомерными действиями он не мог причинить морального вреда (например, доказав, что потерпевший не способен осознавать позорящий характер распространенных о нем сведений, например, в силу слабоумия)¹, будет несомненно освобожден от ответственности. Профессор А.М. Эрделевский также указывает на то, что в таком случае клеветник вправе ссылаться на неспособность потерпевшего осознавать позорящий характер распространяемых о нем сведений.² Об этом же упоминают в своем исследовании К.И. Голубев и С.В. Нарижный, говоря о том, что такая ситуация может иметь место в отношении психически больных.³ Полагаем, что авторы в этом случае приводят в качестве примера достаточно пограничные (крайние) ситуации. С одной стороны, они предполагают, что всякое лицо способно претерпевать моральный вред, но с другой стороны, практически полностью исключают такую возможность в отношении лиц, страдающих психическими заболеваниями. Хотя умственно отсталые лица и лица с психическими заболеваниями имеют такие же личные неимущественные права, как и лица с обычным интеллектом, но способ реализации и защиты их прав должен иметь определенную специфику в той мере, в какой отражает их индивидуальность. Даже если предположить, что будет доказано, что лицо, страдающее психическим заболеванием ни при каких обстоятельствах не могло испытывать моральные страдания, то видится возможным истребование компенсации морального вреда в связи с причинением страданий родственникам данного лица. К тому же следует обратить внимание на специфику доказывания факта претерпевания морального вреда. При применении презумпции морального вреда представляется совершенно очевидным, что ответчик в большинстве случаев не сможет доказать отсутствие таких страданий. Истец же ему в этом оказывать содействия, что также совершенно очевидно, не будет. Для иллюстрации невозможности возложения обязанности по доказыванию данного факта на ответчика в качестве примера можно привести мотивацию законодательного закрепления другой презумпции - презумпции вины причинителя вреда. Профессор А.Т. Боннер отмечал, что вина как необходимое условие юридической ответственности выражается в психическом отношении индивида к своему противоправному поведению (действию или бездействию) и его последствиям.

1 Гуцин Д.И. Юридическая ответственность за моральный вред: теоретико-правовой анализ. - СПб., 2002. С. 127.

2 Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. М., 2000. С. 84.

3 Голубев К.И., Нарижный С.В. Компенсация морального вреда как способ защиты неимущественных благ личности. СПб., 2001. С. 101.

Положительное установление вины субъекта в ряде случаев достаточно сложно. Видится нецелесообразным закрепление того, чтобы истец доказывал психическое отношение ответчика к своему противоправному деянию.

2. Профессор А.М. Эрделевский указывает на то, что суды в своей практике фактически применяют презумпцию причинения морального вреда, поскольку зачастую данный факт обосновывается лишь объяснениями истца о претерпевании физических или нравственных страданий. Практически всеми авторами при определении предмета доказывания указывается на необходимость включения в предмет доказывания размера компенсации морального вреда. Бремя доказывания данного факта, естественно, возлагается на истца. При этом следует учитывать то, какие факты суд должен принимать во внимание при определении размера компенсации. В соответствии со ст. ст. 151 и 1101 ГК РФ критериями для определения размера компенсации являются: степень вины нарушителя в случаях, когда вина является основанием возмещения вреда; иные заслуживающие внимания обстоятельства (представляется, что под ними можно понимать степень вины истца, когда был доказан его умысел в причинении вреда); характер причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий (степень физических и нравственных страданий определяется при этом с учетом фактических обстоятельств причинения морального вреда, индивидуальных особенностей лица, которому причинен вред); требования разумности и справедливости. Размер компенсации не может быть поставлен в зависимость от удовлетворенного иска о возмещении материального вреда, убытков и других материальных требований .

При доказывании данных обстоятельств истец не может ограничиться лишь своими объяснениями о том, что его страдания были очень сильными, не очень сильными и т.д. Характеризуя степень своих страданий, истец так или иначе будет вынужден говорить о претерпевании этих страданий, то есть о наличии морального вреда. Для чего же законодательно закреплять доказательственную презумпцию, если фактически работать она не будет? Будет иметь место лишь формальное ее закрепление, которое только введет истца в заблуждение относительно необходимости выполнения им обязанности по доказыванию.

3. И наконец, третий аспект, вызывающий определенные замечания относительно возможности использования обсуждаемой презумпции. Профессор С.А. Беляцкий выделял "искренность страданий" как один из критериев, которым следует руководствоваться при определении размера компенсации.¹ Даже предполагая добросовестность большинства истцов, мы не можем исключить возможности предъявления исков о компенсации

¹ Беляцкий С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда. М., 1996. С. 74.

морального вреда с целью получения денежной суммы тогда, когда реально нравственных или физических страданий истец не испытывает. Он лишь спекулирует нормой права с целью извлечения для себя прибыли. Поэтому в данном случае не стоит ограничиваться объяснениями истца и, более того, использовать презумпцию морального вреда. Вопрос об эмоциональном состоянии лица (пребывает ли лицо в состоянии стресса, эмоциональной напряженности), а также психофизических особенностях его личности, способных повлиять на восприятие им событий, должен решаться с учетом мнения специалиста в этой области знаний. Поэтому по делам о компенсации морального вреда было бы целесообразно назначать экспертизу (судебно-психологическую, судебно-психиатрическую и др.), способствующую установлению факта претерпевания истцом морального вреда. Особенно следует отметить тот факт, что в компетенцию эксперта не входит определение размера компенсации, исходя из степени страданий, т.к. всё-таки это привилегия суда, поэтому экспертиза должна использоваться именно для определения самого факта наличия страданий. Можно ли говорить о том, что мнение истца о размере компенсации вообще не имеет правового значения? Нет, не означает. С позиций процессуального права это один из видов доказательств, а с позиций материального права мнение истца о размере компенсации следует относить к числу "иных заслуживающих внимания обстоятельств" (ст.151 ГК РФ). Каким образом суду следует учитывать это обстоятельство? Нет оснований не считать заявленный истцом размер косвенно подтверждающим глубину перенесенных им страданий, но суду при оценке мнения истца следует учитывать, что это мнение носит субъективный характер. Поэтому, нет никаких препятствий к определению меньшего, по сравнению с заявленным истцом, размера компенсации.

Таким образом, на основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что в настоящее время нет ни достаточных законодательных, ни теоретических оснований для законодательного закрепления и использования в судебной практике презумпции морального вреда. Видится возможным закрепление лишь презумпции в отношении наиболее значимых объектов гражданско-правовой защиты, таких как жизнь, здоровье и некоторые социальные гарантии. Поэтому безусловно, данный вопрос заслуживает дальнейшего полного и всестороннего исследования, а предложение о введении подобной презумпции - более серьезного теоретического обоснования.

ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ФОРМЫ КООПЕРАТИВНОГО КРЕДИТОВАНИЯ

Невлев Владислав Владимирович,
соискатель кафедры теории и истории государства и права
Белгородского государственного университета

Научный руководитель:
Сафронова Елена Викторовна,
д.ю.н., профессор кафедры теории и
истории государства и права
Белгородского государственного университета

Изучение организационно-правовых форм кредитной потребительской кооперации необходимо начинать с рассмотрения категории «организационно-правовая форма». Природа данного термина неоднозначна и включает в себя помимо правовой формы организации и деятельности конкретного юридического лица, отраженной в совокупности закрепляющих его статус признаков, еще и динамику институционального развития законодательства о данном юридическом лице.

К элементам организационно-правовой формы кредитных потребительских кооперативов следует относить: правовое регулирование их создания, реорганизации и ликвидации; правоспособность юридического лица; статус участников (пайщиков); правовой режим имущества кооператива; регулирование организации и деятельности системы управления; юридическую ответственность кооператива и его членов (пайщиков). Совокупность вышеуказанных элементов организационно-правовой формы позволяет дифференцировать юридические лица, отграничивая их друг от друга.

В силу того что кооператив является юридическим лицом, он обладает рядом общих для всех юридических лиц признаков, среди которых можно выделить: организационное единство, наличие обособленного имущества, возможность приобретать и реализовывать права, нести обязанности. Помимо вышеуказанных свойств кооператив обладает специфическими чертами, присущими только кооперативным формам хозяйствования.

Теоретики потребительской кооперации конца XIX - начала XX веков А.В. Чаянов¹ и М.Л. Хейсин² выделяли следующие особые признаки: создание кооперативов для обслуживания потребностей своих членов; взаимопомощь членов; отсутствие цели получения прибыли; устойчивые связи членов кооператива, основанные на личном общении;

¹ Чаянов А.В. Краткий курс кооперации. М, 1925.

² Хейсин М.Л. История кооперации в России. Л., 1926.

сочетание личных и общих (кооперативных) интересов; субъектный состав членов преимущественно их малообеспеченных слоев населения; открытость членства.

Анализ современных организационно-правовых форм потребительской кооперации позволяет заключить, что им присущи определенные родовые признаки. Среди главных из них назовем дуалистичность правовой природы кооператива, являющегося одновременно хозяйственным предприятием и общественной структурой, входящей в систему институтов гражданского общества.

Сложность разграничения кооперативов и хозяйственных предприятий по внешним юридическим признакам отмечалась многими исследователями. Так, М.И. Туган-Барановский писал: «Кооператив обращается прежде всего к хозяйственному интересу человека, и в этом существенное сходство кооператива со всеми другими хозяйственными организациями капиталистической системы <...> По внешним признакам кооператив столь мало отличается от обычного капиталистического предприятия, что по ним невозможно определить, имеется ли перед нами кооператив или капиталистическое товарищество»¹. Тем не менее, имея некоторое сходство с хозяйственным предприятием, кооператив все же преследует в корне иные цели, не связанные с получением прибыли.

Вся предпринимательская деятельность кооператива, в том числе кредитного, основывается на социальных идеях взаимопомощи и поддержки. Это особенно наглядно показывает пример кредитных кооперативов райффейзенского типа, в которых паевой капитал или полностью отсутствует, или присутствует в символических размерах. Такие кредитные кооперативы существуют не в интересах вкладчиков, а исключительно для реализации потребностей заемщиков, заинтересованных в получении займов под максимально низкие проценты. Таким образом, хозяйственная деятельность любого кооператива наполнена социальным содержанием.

В качестве родового признака кооператива можно рассматривать собственность кооператива на имущество. В этом аспекте видимое различие между хозяйственным предприятием и кооперативом заключается в том, что в кооперативе имущество существует не в интересах получения прибыли, а в интересах потребителей. По этому поводу теоретик кооперации А.В. Чаянов писал: «В кооперации капитал - слуга, а не хозяин».²

Безусловно, любой субъект экономической деятельности, независимо от организационно-правовой формы, нуждается в имуществе и капитале, но в кооперации последние выступают лишь средством для достижения иных целей. Имущество кредитных потребительских

¹ Туган-Барановский М.И. Социальные основы кооперации. М., 2010. С. 64-65.

² Чаянов А.В. Краткий курс кооперации. М., 1925. С. 10.

кооперативов формируется за счет паевых и иных взносов членов (пайщиков), доходов от деятельности кооперативов, привлеченных средств и иных не запрещенных законом источников.

Родовым признаком кооперативов является солидарная материальная ответственность их членов. При солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, как полностью, так и в части долга. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников.

Исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитору. Эта обязанность закреплена в ч. 2 п. 4 ст. 116 части первой Гражданского Кодекса РФ, устанавливающей, что члены потребительского кооператива солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам в пределах невнесенной части дополнительного взноса каждого из членов кооператива.

Солидарное несение членами кредитного кооператива (пайщиками) субсидиарной ответственности по его обязательствам в пределах невнесенной части дополнительного взноса каждого из членов кредитного кооператива (пайщиков) закреплено и в Федеральном законе «О кредитной кооперации»¹.

Данный закон предусматривает, что лицо, вступающее в ранее созданный кредитный кооператив, несет солидарно с членами кредитного кооператива (пайщиками) субсидиарную ответственность в пределах невнесенной части дополнительного взноса по обязательствам кредитного кооператива, которые возникли до вступления указанного лица в кредитный кооператив при условии подтверждения в письменной форме данным лицом факта ознакомления со сметой доходов и расходов кредитного кооператива, с финансовой (бухгалтерской) отчетностью кредитного кооператива и согласии нести такую ответственность.

Создание кооперативов для обслуживания потребностей его членов – родовой признак потребительской кооперации. Потребительское общество по своей правовой природе призвано преследовать цели обеспечения потребления. В частности, основной целью кредитной потребительской кооперации является удовлетворение финансовых потребностей членов кредитного кооператива (пайщиков) за счет взаимопомощи. Таким образом, кооперативы создаются не для получения прибыли, а для помощи в реализации потребительских нужд своих членов, в том числе за счет уменьшения расходов членов на эти нужды.

¹ Собрание законодательства РФ. 2009. №29. Ст. 3627.

Рассмотрев некоторые родовые признаки, позволяющие отграничить потребительский кооператив от хозяйственных товариществ и обществ, следует обратить внимание на черты, позволяющие произвести дифференциацию кооперативов и общественных объединений. Так как общественной организацией является основанное на членстве общественное объединение, созданное на основе совместной деятельности для защиты общих интересов и достижения уставных целей объединившихся граждан, то можно утверждать о наличии сходных с кооперацией черт. Тем не менее, кооператив характеризует совместная хозяйственная деятельность, наличие особой (солидарной субсидиарной) ответственности его членов, чего нет у большинства общественных объединений.

Исследуя проблему соотношения кооперативов и общественных объединений, М.И. Туган-Барановский исходил из классовой сущности кооперации, что в целом было характерно для теории кооперации начала XX века. М.И. Туган-Барановский настаивал на том, что, осуществляя свою деятельность, кооперативы конкурируют с капиталистическим предприятиям, постепенно уничтожая последние. Поэтому, по его мнению, кооперация является «социальной борьбой, столь же принципиальной и идущей до конца, как и политическая борьба рабочего класса»¹.

В соответствии с концепцией М.И. Туган-Барановского кооперация противопоставляет капиталистической форме производства возможность альтернативной организации хозяйствования на принципиально иных началах. Тем самым кооперация «борется не насилием, не оружием и не баррикадами, а мирным строительством нового общественного строя»².

Приступая к анализу организационно-правовых форм кредитной потребительской кооперации конца XX - начала XXI веков, следует отметить, что в начале 1990-х гг. на фоне ухудшения социально-экономических условий стали появляться первые кредитные кооперативы как саморегулируемые и самоуправляемые организации, направленные на оказание финансовой взаимопомощи за счет собственных средств граждан.

Предпосылки правового регулирования кредитной кооперации были созданы законом СССР «О потребительской кооперации СССР» от 26 мая 1988 года³, с тем чтобы получить свое дальнейшее развитие в законе «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации» от 19 июня 1992 года⁴. Принятая Государственной Думой РФ 21 октября 1994 года ч.1 Гражданского кодекса РФ⁵ (п. 6 ст. 116) указывала, что правовое положение потребительских кооперативов, а

¹ Туган-Барановский М.И. Социальные основы кооперации. М., 2010. С. 96.

² Там же.

³ Ведомости Верховного Совета СССР.1988. №22. Ст. 355.

⁴ Российская газета. 1992. 23 июля.

⁵ Собрание законодательства РФ.1994. № 32. Ст. 3301.

также права и обязанности их членов определяются в соответствии с данным кодексом законами о потребительских кооперативах.

Дальнейшим шагом на пути формирования законодательства, регулирующего кредитную потребительскую кооперацию, стало принятие Федерального закона «О сельскохозяйственной кооперации»¹, регламентирующего деятельность сельскохозяйственных кредитных потребительских кооперативов, образуемых для кредитования и сбережения денежных средств своих членов.

Необходимость принятия закона, отражающего фактически существующие отношения по потребительскому кредитованию, обусловила активную работу законодателей в данном направлении. Соответствующий законопроект был внесен в Государственную Думу в 1995 году, принят и одобрен обеими палатами российского парламента. Однако он трижды отклонялся Президентом РФ – в 1997, 1998 и 2000 годах.

С учетом ряда замечаний, в переработанном виде Федеральный закон от 7 августа 2001 года «О кредитных потребительских кооперативах граждан»² был принят. Изменения, внесенные федеральными законами от 11 июня 2003 года³ и 3 ноября 2006 года⁴, окончательно разграничили правовые основы деятельности сельскохозяйственных кредитных потребительских кооперативов и кредитных потребительских кооперативов граждан.

Предметом регулирования закона 2001 года являлись отношения, возникающие в процессе создания, деятельности, реорганизации и ликвидации кредитных потребительских кооперативов граждан, также в нем закреплялись принципы и особенности деятельности подобных кооперативов, права и обязанности их членов и иные вопросы.

В ст. 4 Федерального закона «О кредитных потребительских кооперативах граждан»⁵ 2001 года нашло отражение определение потребительского кооператива как автономной ассоциации, созданной гражданами, добровольно объединившимися для удовлетворения потребностей в финансовой взаимопомощи. При этом кредитные потребительские кооперативы граждан могли создаваться на основании территориального объединения граждан, их профессиональной или иной принадлежности.

В законе было отражено существенное отличие кредитных кооперативов от банковских структур, основанное на диаметральной противоположности целей деятельности. Так, согласно закону 2001 года, кредитный кооператив, являясь некоммерческой организацией, в качестве

¹ Собрание законодательства РФ 1995. № 50. Ст. 4870.

² Российская газета. 2001. 9 августа.

³ Собрание законодательства РФ. 2001. № 24. Ст. 2248.

⁴ Собрание законодательства РФ. 2006. № 45. Ст. 4635.

⁵ Российская газета. 2001. 9 августа.

основных задач своей деятельности ставил не получение прибыли, а оказание услуг по кредитованию своих членов для удовлетворения их личных финансовых потребностей.

Принятие Федерального закона «О кредитных потребительских кооперативах граждан» в 2001 году не смогло создать эффективного правового регулирования института кредитной потребительской кооперации: некоторые кредитные кооперативы продолжали осуществлять свою деятельность на основе ст.116 Гражданского Кодекса РФ, при этом отдельные правоотношения подпадали под действие норм закона «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации», ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации». Отсутствие единообразного правового регулирования порождало многочисленные финансовые аферы, что, в свою очередь, сдерживало развитие кредитной потребительской кооперации.

Шагом на пути совершенствования нормативно-правовой базы, регламентирующей деятельность кредитных потребительских кооперативов, стало принятие 18 июля 2009 года федерального закона № 190 «О кредитной кооперации»¹. Данный закон определяет правовые, экономические и организационные основы создания и деятельности кредитных потребительских кооперативов различных видов и уровней, союзов (ассоциаций) и иных объединений кредитных потребительских кооперативов.

В соответствии с действующим законодательством на территории РФ действуют четыре вида кредитных потребительских кооперативов. Три из них предусмотрены федеральным законом «О кредитной кооперации».² Это кредитный кооператив, членами которого могут являться юридические и физические лица; кредитный потребительский кооператив граждан, членами которого являются исключительно физические лица; кредитный кооператив второго уровня, членами которого могут быть только кредитные кооперативы.

На четвертый вид кредитного кооператива не распространяется действие федерального закона «О кредитной кооперации». Для него существует специальный закон, регламентирующий основы создания и деятельности сельскохозяйственных кредитных потребительских кооперативов. Это федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации»³. Следовательно, можно констатировать, что данными законами предпринята попытка систематизировать разрозненную нормативную базу, регламентировать в деталях правовые условия организации финансовой взаимопомощи членов кредитного кооператива.

¹ Собрание законодательства РФ. 2009. №29. Ст. 3627.

² Собрание законодательства РФ. 2009. №29. Ст. 3627.

³ Собрание законодательства РФ. 1995. № 50. Ст. 4870.

ДОЛЯ В УСТАВНОМ КАПИТАЛЕ КАК СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО ОСОБОГО РОДА

Орлова Анна Ивановна,
студентка 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Качур Нина Фёдоровна
к.ю.н., доцент,
заведующая кафедрой гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Одной из категорий, вызывающих повышенный интерес, является доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Доля в уставном капитале является ключевым понятием не только для законодательства об обществах с ограниченной ответственностью, но и для всех хозяйственных обществ и товариществ, уставный капитал которых разделен на доли (статья 66 Гражданского кодекса РФ¹ (далее – ГК РФ).

Понятие доли участника не является новшеством нашего законодательства. Первое упоминание о доле в общем предприятии встречается еще в I в. до н.э. в Древнем Риме. В России о существовании первых корпораций стало известно уже в XII в. Впервые о товариществах было написано в Русской Правде².

Первые упоминания о долях в товариществах на Руси связаны с товариществом на паях (складничеством), которые действовали в северо-западных русских городах. Н.Н. Дебольский отмечает: учреждая товарищество на паях, «люди договариваются, чтобы при нарушении товарищества выходящий не продавал своего права никому другому, кроме других членов товарищества»³. Р.С. Фатхутдинов, анализируя данный текст, предполагает, что под «правом» имеется в виду доля в товариществе, которую такое лицо обязуется не отчуждать третьим лицам⁴.

¹ Гражданский кодекс РФ. Ч. 1. // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

² Неволин К.А. Полное собрание сочинений. Т. V: История российских гражданских законов. Ч. III. Книга II. М., 1858. - С. 182.

³ Дебольский Н.Н. Гражданская дееспособность по русскому праву до конца XVII века. - СПб., 1903. С. 328.

⁴ Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика. М.: Волтер Клувер, 2009. С. 3.

Далее понятие о доле участия получило развитие в законодательстве, начиная с 1698 г., когда в России была выдвинута инициатива «устроить компанию, в которую мог вступить любой человек путем покупки «порций» или «акциев»»¹.

Дореволюционной России не было известно понятие доли в товариществе с ограниченной ответственностью, поскольку она не последовала примеру европейских соседей и не санкционировала на законодательном уровне форму товарищества с ограниченной ответственностью².

В советский период, несмотря на то что ГК РСФСР 1922 г. предусмотрел форму товарищества с ограниченной ответственностью, ни одна из статей кодекса не была посвящена регулированию долей в таких товариществах.

Более детальное позитивное регулирование доли в обществах с ограниченной ответственностью получило в начале 1990-х гг.: в Постановлении Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590, утвердившим «Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью»³, а также в Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 «О предприятиях и предпринимательской деятельности»⁴. Данные нормативно-правовые акты впервые использовали термин «доля в уставном капитале» (ранее использовались «доля в товариществе», «пай»).

Наиболее детальное регулирование доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью получило в действующем ГК РФ и в Федеральном законе от 8 февраля 1998 года № 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" (далее – Закон об ООО)⁵. Однако ГК РФ и данный закон не дают официального определения этого понятия и не относят его к какому-либо объекту гражданских прав.

Общество с ограниченной ответственностью на сегодняшний день является одной из наиболее распространенных организационно - правовых форм ведения предпринимательской деятельности в России. Легальное определение общества с ограниченной ответственностью, содержащееся в статье 87 ГК РФ и ст. 2 Закона об ООО, гласит, что обществом с ограниченной ответственностью признается учрежденное одним или несколькими лицами хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на доли определенных учредительными документами размеров. Таким образом, наличие уставного капитала, разделенного на доли,

¹ Долинская В.В. Акционерное право: учебник. М., 1997. С. 49.

² Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 373.

³ Положение об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью: Постановление Совета Министров СССР от 19 июня 1990 г. № 590 //Собрание постановлений СССР. 1990. № 15. Ст. 82 [фактически утратило силу].

⁴ О предприятиях и предпринимательской деятельности: Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 30. Ст. 418. (утратил силу).

⁵ Об обществах с ограниченной ответственностью: ФЗ от 08 февраля 1998 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

является одним из наиболее определяющих признаков юридического лица, созданного в форме общества с ограниченной ответственностью.

На основании данных статей можно сделать вывод, что уставный капитал общества определяет минимальный размер его имущества, гарантирующего интересы кредиторов. Следовательно, доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью – это часть имущества ООО. Однако простое отнесение доли к имуществу недостаточно для определения её природы, так как понятие имущества является широким и включает в себя вещи, деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальную собственность); нематериальные блага (ст. 128 ГК РФ). Между тем, регулирование вещей существенным образом отличается, например, от регулирования имущественных прав.

ГК РФ в абз. 2 ч. 2 ст. 48 содержит норму о том, что в отношении общества с ограниченной ответственностью его участники имеют обязательственные права. Учредители общества, формируя его уставный капитал, передают право собственности на имущество (имущественные права) учреждаемому юридическому лицу, а в обмен на это приобретают обязательственные права по отношению к нему.

Таким образом, действующее российское законодательство не позволяет определить правовую природу доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Обращаясь к грамматическому толкованию термина «доля в уставном капитале», можно сделать вывод, что доля – это часть уставного капитала¹; минимальный размер имущества, гарантирующий интересы кредиторов²; денежная оценка внесенных вкладов³; денежное выражение стоимости имущества⁴; определенная часть имущественной массы общества.

С экономической точки зрения, доля участника воплощает в себе часть капитала (активов) общества, даёт лицу возможность распоряжаться имуществом. Однако с юридической точки зрения, распоряжение активами общества осуществляется участником опосредованно, через управление обществом. Поэтому участник общества не имеет субъективных прав в отношении имущества общества⁵.

¹ Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика. М.: Волтер Клувер, 2009. С. 6.

² Об обществах с ограниченной ответственностью: ФЗ от 08 февраля 1998 г. № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

³ Гражданское право: учебник. Т. 1. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. С. 154.

⁴ Шапкина Г.С. Новое в акционерном законодательстве (изменения и дополнения Федерального закона «Об акционерных обществах»). Уставный капитал общества // Вестник ВАС РФ. 2001. № 12. С. 102-103.

⁵ Фатхутдинов Р.С. Указ. соч. С. 11.

Определяя юридическое значение доли в уставном капитале, Д. Степанов пишет, что доля в уставном капитале «не является ни денежной суммой, ни отдельным правом или совокупностью прав, ни ценной бумагой или суррогатом ценной бумаги. Доля есть особый юридический инструмент или всё-таки имущество особого вида, сущность и назначение которого раскрываются в той роли, которую он играет на протяжении всего периода существования общества с ограниченной ответственностью»¹.

В литературе встречаются предположения, которые называют долю в уставном капитале субъективным правом особого рода (*sui generis*)². *Sui generis* – латинское выражение, означающее уникальность правовой конструкции (закона, статуса и т.д.), которая, несмотря на наличие известного сходства с другими подобными конструкциями, в целом не имеет прецедентов.

Д.В. Мурзин рассматривает долю как фикцию, оформляющую некий формальный договор между участником и обществом³. При этом автор подчеркивает, что на эту юридическую фикцию распространён правовой режим имущественных прав, т.е. долю можно продать или иным образом уступить так же, как и любое другое имущественное право. Кроме того, доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью переходят к наследникам граждан и к правопреемникам юридических лиц. Однако доля от имущественных прав отличается рядом **специфических черт**: доля – это особое право, которым обладает само обязанное лицо (общество), доля имеет номинальную (условную) стоимость, в которой выражается интерес участника, можно уступить часть доли, при уступке доли третьим лицам у участников общества возникает преимущественное право покупки подобно преимущественному праву участников права общей собственности и пр. Но доля, будучи юридической фикцией, выполняет ряд важных функций: отражает степень участия участника в обществе, приобретение доли является основанием для приобретения прав участника, номинальная стоимость доли обуславливает реализацию этих прав (количество голосов на общем собрании, размер получаемых дивидендов, размер получения имущества после ликвидации общества и пр.)⁴.

Таким образом, автор также подтверждает, что доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью – это право особого

¹ Степанов Д. Общество с ограниченной ответственностью: законодательство и практика // Хозяйство и право. 2000. № 12.

² Фатхутдинов Р.С. Указ. соч. С. 45.

³ Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 61.

⁴ Мурзин Д.В. Ценные бумаги – бестелесные вещи. Правовые проблемы современной теории ценных бумаг. М., 1998. С. 62.

рода, некая правовая конструкция, обладающая собственной уникальностью.

В.В. Зайцева пришла к выводу, что между участниками и обществом складываются членские правоотношения. Автор определяет членство в обществе как особый юридический факт – факт-состояние, который порождает соответствующие права и обязанности акционера¹. Таким образом, членство в данном понимании трактуется как вхождение лица в состав объединения или группы.

По нашему мнению, доля есть величина, отражающая объем прав и обязанностей участника общества как в отношении самого общества, так и в отношении иных участников, то есть комплекс правомочий участников.

По мнению В.А. Белова, доля в уставном капитале также представляет собой субъективное право (право участия). **Право участия** – это такое право, главной составляющей которого является возможность управомоченного к совершению собственных действий, последствия которых должны претерпевать определенные пассивные субъекты².

Данное правомочие обозначено в самом законе. Абзац 2 п. 2 ст. 48 ГК РФ устанавливает, что в отношении общества с ограниченной ответственностью его участники имеют обязательственные права. Объем прав, которые предоставляет доля в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью своему владельцу – участнику общества, включает в себя: право на получение части чистой прибыли общества, право на получение в случае выхода участника из общества либо исключения из общества действительной стоимости доли, право на часть имущества общества в случае его ликвидации, оставшуюся после расчета со всеми кредиторами.

Следовательно, можно согласиться с мнением В.А. Белова, который считает, что доля имеет обязательственную правовую природу.

Основным в составе доли является **правомочие на управление** делами общества. Право на участие в распределении прибыли и на получение ликвидационного остатка являются составной частью права на управление.

Правомочия на получение информации о деятельности общества и **на ознакомление с документацией** общества направлены на обеспечение надлежащего и эффективного участия в управлении делами общества и являются дополняющими правомочие на управление.

Правомочия на выход из общества и **на уступку доли** – свойство доли быть предметом отчуждения.

Принадлежность доли является также юридическим фактом, влекущим возникновение определенных обязательственных прав участника, таких как требование выплаты части распределенной прибыли,

¹ Зайцева В.В. Акционерное общество в праве капиталистических государств. М., 1979. С. 15.

² Белов В.А. Гражданское право. Особенная часть: учебник. М., 2004. С. 573.

требование выплаты ликвидационного остатка, требование выплаты действительной стоимости доли¹.

Все перечисленные правомочия являются составляющими содержания доли. Такое содержание свидетельствует о сложном характере доли, в которой совмещаются признаки как абсолютного, так и относительного права.

Относительно-правовые элементы в отношениях по управлению делами общества: во-первых, правовые последствия действий участника падают на само общество, что свидетельствует об особом статусе общества по сравнению со всеми третьими лицами; во-вторых, без определенного содействия со стороны общества участник просто не сможет реализовать свое право. Так, праву на участие в управлении соответствуют обязанности общества известить участника о проведении общего собрания участников, составить список участников, имеющих право на участие в общем собрании участников, включить в повестку дня дополнительные вопросы по предложению участников, обеспечить проведение общего собрания участников.

Однако необходимо подчеркнуть, что данные обязанности призваны обеспечить осуществление участником своей абсолютной юридической власти над решениями общества. Вне реализации участником своей власти эти действия теряют свое значение, поскольку они создают условия для такого управления².

Таким образом, относительно-правовые признаки проявляются в том, что для реализации своего членского права участник общества вынужден обращаться за содействием к обществу, то есть вступает с обществом в относительное правоотношение. В этом и состоит отличие участника общества от собственника любой другой вещи, который реализует свою власть над объектом права в полной независимости от действий третьих лиц.

Абсолютный характер связи участника со всеми третьими лицами обуславливает необходимость отражения сведений о долях участников в публично доступном документе. В настоящее время сведения о долях участников отражаются в Едином государственном реестре юридических лиц (ЕГРЮЛ)³.

По мнению В.А. Белова, известность всем третьим лицам – один из характерных признаков абсолютных прав. В абсолютных правоотношениях первостепенное значение имеет легитимация уполномоченного лица перед всеми третьими лицами. Очевидно, что

¹ Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика. М.: Волтер Клувер, 2009. С. 45.

² Фатхутдинов Р.С. Уступка доли в уставном капитале ООО: теория и практика. М.: Волтер Клувер, 2009. С. 34.

³ О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей: ФЗ от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 33. Ст. 3431.

отражение сведений о долях участников в публично доступных регистрах предназначено для того, чтобы поставить всех третьих лиц в известность о действительном владельце доли. Тем самым книговая запись легитимирует владельца доли в качестве субъекта экономической деятельности, который уполномочен осуществлять управление делами общества и которому противостоит всякий и каждый с обязанностью воздерживаться от посягательства на сферу свободного усмотрения участника¹.

Об абсолютном характере доли свидетельствует бессрочность права участия. Фактически данное право ограничено лишь существованием самого общества.

Таким образом, отношение участия в обществе с ограниченной ответственностью, выражением которого является доля в уставном капитале, складывается между участником и обществом. Такое правоотношение является относительным. Кроме того, участие выражает юридическую власть участника над деятельностью всего общества, признавать которую и воздерживаться от нарушений которой должны все третьи лица. В этом смысле отношение участия приобретает характер абсолютного правоотношения. Отсюда можно сделать вывод, что участник общества одновременно состоит в двух правоотношениях: с обществом – в относительных правоотношениях, с третьими лицами – в абсолютном правоотношении.

Возвращаясь к правовой природе доли, хотелось бы отметить точку зрения профессора В.А. Лапача, который полагает, что доля не является вещью, предметом, изделием, видом продукции или ценной бумагой, не является и имущественным правом. Автор обосновывает свою позицию тем, что параметры **права требования к доли** остаются неопределенными: заранее не известны не только стоимостные, количественные параметры требования, но даже и момент возникновения требования не может быть определен ранее того, как наступят указанные в законе юридические факты или состояния (выход участника из товарищества или общества; предложение о продаже доли одним из участников; получение ликвидационного остатка соразмерно доле и др.). Получается, что до наступления таковых обстоятельств доля существует в каком-то собственном правовом качестве, не будучи имущественным правом.

Нельзя утверждать, что доля есть имущественное право, поскольку в соответствии с указанием ст. 24 Закона об ООО она (доля) считается принадлежащей обществу, а не участнику. Последний же становится кредитором общества и имеет к нему действительно имущественное требование, все параметры которого исчерпывающе определены Законом и в отдельных случаях учредительными документами.

¹ Белов В.А. Гражданское право. Особенная часть. С. 194.

Очевиден парадокс: имущественное требование участника к обществу вытекает не из принадлежащей ему доли, а как раз из перехода доли к обществу. Требование же бывшего участника (или его правопреемника) к обществу о выплате действительной стоимости доли составляет в чистом виде имущественное право, включаемое в актив имущества кредитора. Но даже в тех случаях, когда участник остается в обществе и не утрачивает владения долей, таковая ни при каких условиях не является имущественным правом.

Профессор Лапач пришел к выводу, что доля представляет собой идеальную квоту (часть) в праве собственности на имущество общества или товарищества, своеобразный аналог доли в общей собственности. При таком понимании доля является имущественным, вещным, но не обязательственным правом и, следовательно, юридическая природа доли не может быть удовлетворительно объяснена ни с точки зрения обязательств, ни с точки зрения вещных прав¹.

Исходя из всех преобладающих мнений о правовой природе доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственности, позиция профессора Лапача не подпадает под классическое понимание правовой природы доли. Профессор считает, что доля является особым феноменом гражданского российского права. Тем не менее, с учетом действующего гражданского законодательства, формально-логического толкования статей 48, 66, 87, 128 ГК РФ, доля представляет собой особое право, содержащее в себе элементы вещного, обязательственного, неимущественного права.

ИНСТИТУТ ОПЕКИ: ТРАДИЦИИ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Свинцов Илья Алексеевич,
студент 3 курса прокурорско-следственный факультет
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной Прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Тюкавкин-Плотников Алексей Александрович,
к.ю.н, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин
Иркутского юридического института (филиал)
Академии Генеральной Прокуратуры РФ

Институт опеки зародился в древнем Риме. На раннем этапе развития римского права понятие опеки (*tutela*) не существовало. В архаический период Рима опека имела своей целью не помощь недееспособному лицу,

¹ Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. СПб.: Юридический Центр ПРЕСС, 2002. С. 47-48.

т. е. была учреждена не в интересах подопечного. Напротив, она должна была удовлетворять требованию, оградить интересы агнатской семьи, и прежде всего *familia communi iure*, посредством осуществления власти над лицом *sui iuris*, которое в силу несовершеннолетнего возраста еще не обладает дееспособностью. В ранний период римского права опекуном могло быть любое лицо, которое обладало *patria potestas*, а значит любой римский гражданин. Он даже сам мог быть несовершеннолетним.

Опека (*tutela*) устанавливалась над женщинами пожизненно на раннем этапе развития римского права и в начале классического периода.

Римляне считали, что женщины в следствие своей легкомысленности и халатного отношения ко всему нуждаются в пожизненной опеке. Женщина по древнеримскому праву считалась объектом права. Это было обусловлено тем, что когда была создана римская община первым царем Ромулом в 753/754 г. до н.э., она существовала без женщин. Неподалеку от римской общины находилось племя Сабинян, в которой преобладали женщины. Ромул решил устроить пир и на этот пир, пригласить своих соседей. После того как Сабиняне пришли на пир римские мужчины перебили всю мужскую половину Сабинян и взяли всех женщин в плен. По-видимому именно это исторический факт и привел к такому формированию отношений к женщине. Но, как говорится, во всех правилах есть исключения, так же было и в Риме. Опека (*tutela*) и попечительство (*cura*) не устанавливались над женщинами-весталками. Это были по своей сути женщины-жрицы, они были прислужницами богини Весты. Римляне считали, что Весталки были свободны от опеки ради чести их священнослужительства. *Tutela* по древнеримскому праву делилась на три вида: 1) завещательная опека 2) законная опека 3) учреждаемая опека.

Завещательная опека представляла собой процесс, когда *paterfamilias* в своем завещании указывал, что сыну и (или) дочери должен быть назначен опекун. Так же по завещательной опеке опекун мог быть назначен и жене *paterfamilias*. Если опекуны в завещании были указаны поименно – это были *dativi* («*uti legassit super pecunia tutela ve suae rei, ita ius esto: qui tutores dativi appellantur*»¹), а те, которые были установлены по выбору – *ortivi*. Так же предоставлялся полный или ограниченный выбор опекуна. Полный выбор характеризовался тем, что подопечный мог бесконечное количество раз выбирать себе опекуна. Ограниченный же выбор заключался в том, что жене указывалось какое количество раз ей можно избирать опекуна. Как правило, при ограниченном выборе предоставлялось не более двух раз.

Законная опека устанавливалась тогда, когда не был назначен опекун по завещанию. Данный вид опеки заключался в том, что опекуном

¹Памятники римского права. Фрагменты Домиция Ульпиана / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Зерцало, 1998. – С. 180.

становился ближайший агнат, умершего *paterfamilias*. Агнаты суть родственники, соединенные родством через лиц мужского пола, т.е. как бы когнаты со стороны отца, сын брата или внук от него, точно так же дядя и сын дядя, и внук от него. Но те, которые соединены кровным родством через лиц женского пола, не суть агнаты, а находятся между собою в другой родственной связи, основывающейся на естественном праве. Таким образом, между братом матери и сыном сестры существует не агнатское, а когнатское родство. Равным образом сын твоей матери по отцу и тетке со стороны матери не есть мой агнат, но когнат и, разумеется, наоборот, я соединен с ним тою же связью, ибо те, которые рождаются, наследуют состояние отца, а не матери¹.

Учреждаемая опека устанавливалась с согласия магистрата или претора.

С моей точки зрения, учреждаемая опека имела место лишь только тогда, когда не было составлено завещание *paterfamilias* и нельзя было установить ближайшего агната в семье.

В классический период римского права появляется понятие «опека». Как писал юрист Сервий: «*Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*» («Опека есть даваемая и разрешаемая гражданским правом власть в отношении свободного лица, с тем чтобы дать защиту тому, кто по возрасту не в состоянии защитить себя самостоятельно»)².

В этот период институт опеки развивается очень бурно и расширяется. К примеру, опекун может назначать себе помощника с разрешения претора. Помощником может выступать и попечитель. Это делается для того, чтобы опекуну было легче справляться с делами подопечного, либо если опекун в силу своего возраста или болезни не способен управлять делами подопечного, то помощник назначается под ответственность опекуна. В классический период опека уже выступает как право, а не как обязанность мужчин.

Появляются и виды прекращения опеки: 1)если несовершеннолетние усыновлены или подопечные подвергнуты высылке, то они перестают иметь опекунов; 2)если подопечный обращен в рабство, то опека заканчивается; 3)если подопечный или опекун захвачен в рабство, то опека так же прекращается; 4) если опекун был назначен на время, то по истечении этого времени он перестает быть опекуном; 5)перестает быть опекуном тот, кто устранен от опекунства как подозрительный; 6)если кто-либо был назначен под определенным условием, то при осуществлении условия он перестает быть опекуном.

Теперь, в классический период римского права опеку можно было передавать другим лицам. Тот, кому передавалась опека, назывался

¹Памятники римского права. Институции Гая. М.: Зерцало, 1997. С. 39.

² Памятники римского права. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 572.

опекуном – цессиием. Но опека над мужчинами не могла передаваться другим лицам. Передавать можно было только законную опеку. Так же если опекун-цессий умирал или менялся его гражданский статус, то опека переходила вновь к законному опекуну. Но если умирал или менялся гражданский статус законного опекуна, то переданная опека погашалась.

Женщины могли освобождаться от опеки только в том случае, если они становились многодетными матерями. Если это была вольноотпущенница, состоящая под опекой патрона, то она должна была родить четырех детей, а свободнорожденная – трех детей.¹ С моей точки зрения, такие условия были установлены с тем, чтобы повысить численность населения древнего Рима. Ведь римляне постоянно воевали, и из-за этого у них постоянно уменьшалось количество лиц. А женщины, в свою очередь, не хотели находиться под опекою, и именно это служило им стимулом уйти из-под нее.

В классический период учреждаемая опека полностью сливается с законной. Теперь опекуна назначал либо претор, либо издавался сенатусконсулт. Но в последующем опека над женщинами прекратила свое существование законная по закону Клавдия. Я считаю, что этот закон был издан для того, чтобы женщины не могли выходить из-под опеки, если умрет или изменится гражданский статус законного опекуна.

В настоящее время по Федеральному закону от 24.04.2008 №48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» опека – это форма устройства малолетних граждан (не достигших возраста четырнадцати лет несовершеннолетних граждан) и признанных судом недееспособными граждан, при которой назначенные органом опеки и попечительства граждане (опекуны) являются законными представителями подопечных и совершают от их имени и в их интересах все юридически значимые действия².

В действующем законодательстве опека устанавливается только над несовершеннолетними и недееспособными лицами.

В Российской Федерации до 2008 года не существовало завещательной опеки, только с принятием Федерального закона от 24.04.2008 №48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» появилась завещательная опека. Данный вид опеки в России может быть установлен только тогда, когда ребенок имеет только одного родителя. Получается, что если у детей, оба родителя, т.е. они находятся на воспитании в полноценной семье, родители не могут составить завещания по поводу установления опеки. Так же российским правом устанавливается и законная опека. Данный вид опеки представляет собой назначение опекуна органами опеки и попечительства путем вынесения соответствующего акта о назначении опекуна. Если опекун не был назначен в течение месяца, то исполнение

¹ Памятники римского права. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 572.

² Об опеке и попечительстве: ФЗ от 24 апреля 2008 г. №48-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

обязанностей берет на себя орган опеки и попечительства. Пока лицу, нуждающемуся в установлении опеки, не будет назначен опекун. Так же появился такой вид опеки, как возмездная опека. По данному виду опекун осуществляет свою деятельность за вознаграждение за счет доходов полученных от имущества подопечного. С моей точки зрения, данный вид опеки полностью противоречит всем нормам и принципам римского права. Таким образом в науке и на практике складываются проблемы применения данного вида возмездной опеки.

В федеральном законе появляется и такой вид опеки, как предварительная опека. В соответствии со ст. 12 ФЗ «Об опеке и попечительстве» в случаях, если в интересах недееспособного гражданина ему необходимо немедленно назначить опекуна, орган опеки и попечительства вправе принять акт о временном назначении опекуна (акт о предварительной опеке), в том числе при отобрании ребенка у родителей или лиц, их заменяющих (на основании статьи 77 Семейного кодекса Российской Федерации), и нецелесообразности помещения ребенка в организацию для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей. Опекун в предусмотренных случаях может быть временно назначен только совершеннолетний дееспособный гражданин. Принятие акта о предварительной опеке допускается при условии предоставления указанным лицом документа, удостоверяющего личность, а также обследования органом опеки и попечительства условий его жизни.

В целях своевременного установления предварительной опеки орган опеки и попечительства обращается с предложениями об установлении предварительной опеки к гражданам, которые выразили желание быть опекунами или попечителями и учет которых ведется в соответствии с пунктом 10 части 1 статьи 8 Федерального закона «Об опеке и попечительстве».

Временно назначенный опекун обладает всеми правами и обязанностями опекуна, за исключением права распоряжаться имуществом подопечного от его имени.

Предварительная опека прекращается, если до истечения месяца со дня принятия акта о временном назначении опекуна временно назначенный опекун не будет назначен опекуном в общем порядке. При наличии исключительных обстоятельств указанный срок может быть увеличен до двух месяцев. В случае, если орган опеки и попечительства назначил в установленный срок в общем порядке опекуном лицо, исполнявшее обязанности в силу предварительной опеки, права и обязанности опекуна считаются возникшими с момента принятия акта о временном назначении опекуна¹.

¹ Об опеке и попечительстве: ФЗ от 24 апреля 2008 г. №48-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

По Федеральному закону от 24.04.2008 №48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» понятие опекуна как такового не выделяется¹. Но из самого текста данного законодательства можно сделать вывод, что опекун – это совершеннолетнее дееспособное физическое лицо, назначенное органом опеки и попечительства лицу, нуждающемуся в опеке.

Поводя итоги всему вышесказанному, можно сделать вывод, что институт опеки был полностью заимствован из римского права и даже сейчас в наши дни все еще идет модернизация норм действующего законодательства именно по принципам и нормам римского права. Таким образом, необходимо провести гражданским законодательством рецепцию в полном соответствии с принципами и заложенным римлянами духом римского права. Представляется необходимым пересмотреть, а по возможности и исключить из норм ФЗ «Об опеке и попечительстве», оказание возмездной опеки, что позволит существенным образом защитить права и законные интересы несовершеннолетних граждан Российской Федерации.

ПОДОЗРИТЕЛЬНЫЕ СДЕЛКИ В ПРОЦЕДУРАХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА): ПОНЯТИЕ, ВИДЫ

Семерня Никита Олегович,
студент 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шишмарева Татьяна Петровна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В последнее время законодательство о банкротстве является одним из наиболее динамично изменяющихся.

В конце апреля 2009 г. в ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»² (далее – Закон о банкротстве) был внесен ряд существенных изменений, касающихся оснований и порядка оспаривания сделок должника в процедурах несостоятельности, а именно, была введена самостоятельная глава III.1 «Оспаривание сделок должника».³ Следует отметить, что до

¹ Об опеке и попечительстве: ФЗ от 24 апреля 2008 г. №48-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2008. № 17. Ст. 1755.

² О несостоятельности (банкротстве): ФЗ от 26 ноября 2002г. №127-ФЗ (в ред. ФЗ от 27.12.2009) N 374-ФЗ // СЗ РФ. 2002. №43. Ст. 4190; 2005. №1 (ч.1). Ст. 46.

³ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: ФЗ от 28 апреля 2009г. №73-ФЗ // СЗ РФ. 2009. №18 (1 ч.). Ст.2153.

внесения в Закон о банкротстве изменений, введивших в него главу III.1, правовое регулирование процедур оспаривания сделок должника в процедурах несостоятельности осуществлялось посредством норм одной статьи Закона о банкротстве – ст. 103 «Недействительность сделки, совершенной должником». Введя в Закон о банкротстве главу III.1, законодатель тем самым дополнил и уточнил специальные основания для признания сделок должника недействительными.

Институт оспаривания сделок должника имеет очень давнюю историю.

Еще в Древнем Риме было замечено, что неисправные должники перед окончательным финансовым крахом стремились различными способами укрыть свое имущество от требований кредиторов, пытаясь избежать окончательного разорения. При этом должник отчуждал вещи «подозрительным» образом: продавал их по заниженным ценам, делал слишком дорогие подарки, покупал не имеющие ценности предметы за большие деньги, чтобы убедить кредиторов в своей состоятельности.¹

Поскольку подобные действия должника нарушали интересы кредиторов, лишавшихся вследствие этого возможности получить удовлетворение из стоимости соответствующего имущества после открытия конкурсных процедур, то на случай растраты имущества должником для обмана кредиторов еще преторским эдиктом кредиторам были предоставлены особые средства преторской защиты (*actio Pauliana*, *interdictum fraudatorium*, *actio in factum*) против должника и третьих лиц, участвовавших в отчуждении имущества.²

С внесением в Закон о банкротстве изменений, законодателем была введена новая категория оспоримых сделок – *подозрительные сделки* (ст. 61.2 Закона о банкротстве).

Еще одной положительной новеллой Закона о банкротстве является законодательное закрепление возможности оспаривания *действий* по исполнению обязательств и обязанностей, возникающих в соответствии с гражданским, трудовым, семейным законодательством, законодательством о налогах и сборах, таможенным законодательством РФ и т.п., применяя к ним положения об оспаривании сделок (п.3 ст. 61.1 Закона о банкротстве).

Нам представляется, что положение о возможности опровержения действий российское законодательство переняло из законодательства Западной Европы (Германии, Франции), где было закреплено в конкурсных уставах еще в 19 веке.³

Ранее представители ВАС РФ уже высказывались о возможности введения в российское законодательство о несостоятельности положения

¹ См. Мальшев К.И. Исторический очерк конкурсного процесса. СПб., 1871. С.3-13.; Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Казань, 1898. С.260-262.

² См. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т.4. М.: Статут, 2003. С.230-236.; Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 238-240.

³ См. Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 238-242.

об оспаривании действий.¹ Теперь же позиция, в соответствии с которой исполнение обязательств по сделке приравнивается к самостоятельной сделке, закреплена законодательно, что кажется не вполне логичным, учитывая данное в ст. 153 ГК РФ определение *сделки* как «действия граждан и юридических лиц, направленного на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей».

В свете указанного выше нельзя не упомянуть о том, что в целях разрешения вопросов, возникающих в судебной практике арбитражных судов по применению главы III.1 Закона о банкротстве, Пленум ВАС РФ в пункте 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 23.12.2010г. №63 конкретизировал перечень оспариваемых действий², чем устранил неоднозначность по поводу возможности оспаривания действий, давно возникшую в судебной практике.³

Итак, остановимся на новелле Закона о банкротстве - *подозрительных сделках*.

Законодатель разделил их на два вида:

1. *сделки, совершенные при неравноценном встречном исполнении обязательств другой стороной (п. 1 ст. 61.2.);*

2. *сделки, совершенные в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов (п.2 ст. 61.2).*

В пункте 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве указано, что 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.

В основе конструкции формулировки пункта 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве лежит *объективная теория опровержения сделок*, предложенная М.В. Телюкиной.⁴ Объективная теория связывает возможность признания сделок недействительными в связи с

¹ О некоторых вопросах, связанных с оспариванием сделок по основаниям, предусмотренным Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)»: Постановление Пленума ВАС РФ от 3 апреля.2009г. №32 // СПС «Консультант Плюс».

² О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010г. № 63 // СПС «Консультант Плюс».

³ Определение ВАС РФ от 07.02.2008 N 16317/07; Определение ВАС РФ от 06.11.2007 N 10604/07 // СПС «Консультант Плюс».

⁴ См. Телюкина М.В. Проблемы опровержения сделок должника, находящегося в процессе производства по делу о несостоятельности: теоретический и практический аспекты) // Юридический мир. 1998. № 6. С. 29–40.

объективными факторами, например с периодом времени, в течение которого заключена сделка, видом сделки и т.д.¹

Это означает, что для признания сделки недействительной по основаниям пункта 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве, лицу, требующему признания сделки недействительной, необходимо доказать, а суд должен установить наличие следующих объективных факторов:

1) *сделка должна быть заключена в течение года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия указанного заявления.*

Указанный срок является периодом подозрения, который законодатель устанавливает с целью обеспечения стабильности гражданского оборота;

2) *неравноценное встречное исполнение обязательств.*

Под неравноценным встречным исполнением обязательств признается 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 Российской Федерации, в целях ст. 61.2 при определении соответствующей цены применяются указанные цены (тарифы). Стоит обратить внимание на то, что законодатель не раскрывает понятие "неравноценность", указывая лишь частный случай, а именно ситуацию, когда цена или иные условия сделки существенно хуже, чем при "аналогичных" сделках. Таким образом, равноценность действий в каждом конкретном случае будет определяться судом. На усмотрение суда также отдана оценка таких понятий, как «сравнимые обстоятельства» и «аналогичные сделки».

Судебная практика к неравноценному встречному исполнению относит как полное неисполнение встречных обязательств контрагентами из договоров по отчуждению имущества должника, несоразмерность договорной цены имущества его рыночной стоимости, так и необоснованное предоставление должником своим контрагентам отсрочек по встречному исполнению при отсутствии у должника (продавца), к примеру, права залога на отчуждаемое имущество в период действия отсрочки исполнения.²

¹ См. Там же; Телюкина М.В. Постатейный комментарий к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве)". М, 1998. С.254-255.

² Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.09.2010г. по делу № А53-4423/2009; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.05.2010г. по делу №А03-7673/2009 // СПС «Консультант Плюс».

В свою очередь, если буквально толковать норму пункта 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве, то указание на «*неравноценное встречное исполнение обязательств*» подразумевает отнесение к подозрительным сделкам (по данной категории) только возмездных сделок. Такие сделки, как например *дарение, поручительство, залог*, в эту категорию подозрительных сделок не входят¹.

Однако возможность оспаривания такого рода сделки, законодатель установил через другой вид подозрительных сделок - *сделки, совершенные в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов (п.2 ст.61.2)*. В отличие от конструкции формулировки пункта 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве пункт 2 ст. 61.2 сформулирован уже с учетом *субъективной теории опровержения сделок*² и предоставляет дополнительную возможность кредиторам оспаривать сделки должника, которые были совершены в более широкий период подозрительности.

Немаловажным является то, что во второй вид подозрительных сделок (в пункт 2 ст. 61.2) законодателем включаются уже существовавшие ранее в ст. 103 Закона о банкротстве (в ред. от 30.12.2008г.) группы оспоримых сделок должника, а именно: *сделки в пользу заинтересованных лиц, а также сделки по выплате доли в имуществе должника участнику в связи с выходом из организации после возбуждения дела о несостоятельности или в течение шести месяцев, предшествующих подаче заявления о признании должника банкротом.*

В соответствии с пунктом 2 ст.61.2 Закона о банкротстве сделка, совершенная должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов, может быть признана арбитражным судом недействительной, если такая сделка была совершена **в течение трех лет** до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления, и в результате ее совершения **был причинен вред имущественным правам кредиторов**, и если **другая сторона сделки знала об указанной цели должника к моменту совершения сделки**.

Таким образом, для признания сделки недействительной суду следует установить ряд объективных и субъективных обстоятельств.

К объективным обстоятельствам относятся:

- срок совершения сделки (*три года до принятия заявления о признании должника банкротом или после принятия указанного заявления*);
- причинение вреда имущественным правам кредиторов.

¹ О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: Постановление Пленума ВАС РФ от 23 декабря .2010г. № 63 // СПС «Консультант Плюс».

² См. Телюкина М.В. Постатейный комментарий к Федеральному закону "О несостоятельности (банкротстве)". М., 1998. С. 255.

Субъективными обстоятельствами являются следующие:

- сделка должна быть совершена должником в целях причинения вреда имущественным правам кредиторов;
- противоположная сторона сделки к моменту ее совершения знала об указанной цели должника.

Введение в закон подобных правил существенно осложняет процесс доказывания кредитором указанных субъективных обстоятельств. Для того чтобы права и интересы кредиторов были обеспечены и защищены законом на должном уровне, законодатель ввел в закон несколько презумпций, способствующих упрощению процесса доказывания субъективных обстоятельств.

В частности, *цель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается*, если на момент совершения сделки должник отвечал признаку неплатежеспособности или недостаточности имущества и сделка была совершена безвозмездно или в отношении заинтересованного лица, либо направлена на выплату (выдел) доли (пая) в имуществе должника учредителю (участнику) должника в связи с выходом из состава учредителей (участников) должника, либо совершена при наличии следующих условий:

- стоимость переданного в результате совершения сделки или нескольких взаимосвязанных сделок имущества либо принятых обязательства и (или) обязанности составляет двадцать и более процентов балансовой стоимости активов должника¹, а для кредитной организации - десять и более процентов балансовой стоимости активов должника, определенной по данным бухгалтерской отчетности должника на последнюю отчетную дату перед совершением указанных сделки или сделок;
- должник изменил свое место жительства или место нахождения без уведомления кредиторов непосредственно перед совершением сделки или после ее совершения, либо скрыл свое имущество, либо уничтожил или искажил правоустанавливающие документы, документы бухгалтерской отчетности или иные учетные документы, ведение которых предусмотрено законодательством Российской Федерации, либо в результате ненадлежащего исполнения должником обязанностей по хранению и ведению бухгалтерской отчетности были уничтожены или искажены указанные документы;
- после совершения сделки по передаче имущества должник продолжал осуществлять пользование и (или) владение данным имуществом либо давать указания его собственнику об определении судьбы данного имущества.

¹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 01.10.2010г. по делу №А46-13573/2009 // СПС «Консультант Плюс».

Законом также устанавливается, что *другая сторона знала о цели совершения сделки*, если она признана заинтересованным лицом (эта категория раскрыта законодателем в ст. 19 Закона о банкротстве), либо если она знала или должна была знать об ущемлении интересов кредиторов должника, либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника.¹

Таким образом, подозрительная сделка по признаку цели причинения вреда кредиторам (п.2 ст. 61.2) представляет собой не что иное, как упомянутый выше рецепированный из римского права Паулианов иск (*actio Pauliana*), главным критерием которого являлось наличие у должника цели причинения вреда кредиторам.

Паулианов иск (*actio Pauliana*) получил свое название от имени позднего классика Юлия Павла² и представлял собой иск о возврате имущества в пользу должника, заявляющийся от третьих лиц (кредиторов). Он был направлен на устранение последствий недобросовестного поведения должника путем возврата ему, а точнее в конкурсную массу, утраченного имущества.

В цивилистике отмечалось, что *actio Pauliana* имел определенные сходства с виндикационным иском, однако с тем основным отличием, что лицо, истребующее имущество являлось не собственником этого имущества³, а третьим лицом - кредитором, права которого отчуждением имущества нарушались. Условием (основанием) предъявления иска (*actio Pauliana*) являлось отчуждение имущества должником с намерением причинить ущерб своим кредиторам.⁴ В свою очередь ущерб кредиторам выражался в уменьшении размера имущества должника, которое должно было поступить в конкурсную массу.

Немаловажным являлось то обстоятельство, что ответчиком по данному иску мог выступать не только должник, но и третьи лица – контрагенты должника, получившие имущество должника.

Таким образом, еще в римском праве «...кредитор наделялся правом оспаривать сделку, совершенную должником с целью избавиться от имущества (активов) и тем самым лишить кредитора возможности обратиться на него взыскание».⁵

Современное российское конкурсное законодательство действует уже почти два десятка лет, и за этот период оно неоднократно подвергалось реформированию, что свидетельствует о неэффективности

¹ Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 05.07.2010г. по делу №А37-1051/201 // СПС «Консультант Плюс».

² См.: Дождев Д.В. Римское частное право. М., 2002. С. 504.

³ См.: Гутников О.В. Недействительные сделки в гражданском праве: теория и практика оспаривания. М., 2003. С. 520.

⁴ См.: Дернбург Г. Пандекты: Обязательственное право. Вып. 3 русского перевода. Т. 2. М., 1911. С. 372 - 379.

⁵ См.: Брагинский М.И. Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М: Статут 1998. С. 136.

его правового регулирования. На протяжении периода времени, сложившаяся арбитражная практика выявила множество проблем и пробелов законодательства о несостоятельности, которые не только не способствовали стабильности гражданского оборота, но и подрывали его. Законодатель активно стремится эти проблемы искоренить, выработав оптимальную правовую модель оснований оспаривания сделок неплатежеспособного должника в рамках законодательства о банкротстве.

Введение в конкурсное законодательство такой новеллы, как «подозрительные сделки» качественным образом влияет на уровень обеспеченности и защищенности имущественных прав кредиторов перед недобросовестными действиями должника, о чем свидетельствует пока еще не успевшая сложиться немногочисленная судебная практика.

ПРОБЛЕМЫ ЛЕГАЛИЗАЦИИ САМОВОЛЬНЫХ ПОСТРОЕК

Серебренников Александр Сергеевич,
студент 3 курса юридического факультета
Бурятского государственного университета

Научный руководитель:
Балбанова Людмила Юрьевна,
старший преподаватель кафедры
гражданского права и процесса
Бурятского государственного университета

На сегодняшний день вопрос самовольных построек является одним из наиболее важных в российском гражданском праве. Напомню, что согласно п. 1 ст. 222 ГК РФ самовольной постройкой является жилой дом или иное недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей, либо без получения на это необходимых разрешений, либо с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил. Таким образом, законодательно выделены три признака самовольной постройки: 1. Возведение на неотведённом под цели данного строительства участке; 2. Отсутствие необходимых разрешений; 3. Существенное нарушение правил возведения постройки.

Основное правовое последствие возведения самовольной постройки заключается в следующем: лицо, ее осуществившее, не приобретает на нее права собственности, оно не вправе распоряжаться самовольной постройкой: продавать, дарить, сдавать в аренду, совершать другие сделки в её отношении как некоего объекта недвижимости (п.2 ст.222 ГК РФ). Создатель самовольной постройки является лишь собственником материалов, израсходованных при её возведении. Сделки, направленные на распоряжение ею, ничтожны как противозаконные (ст. 168 ГК РФ) и не

требуют признания таковыми в судебном порядке. Самовольная постройка подлежит сносу осуществившим её лицом (п.2 ст.222 ГК РФ), виновные в самовольном строительстве несут административную ответственность (ст. 9.5 КоАП РФ), а в некоторых случаях и уголовную ответственность (ст. 243 УК РФ).

Таким образом, постройки, на возведение которых были затрачены колоссальные средства и которые фактически пригодные для использования, оказываются выброшенными из гражданского оборота. Подобная ситуация не выгодна никому: с одной стороны, бюджет не получает с указанных объектов никаких налоговых отчислений, с другой – владелец самовольной постройки не может законным способом распоряжаться объектом самовольного строительства как недвижимым имуществом, в чём потребность у него рано или поздно возникает.

Именно возвращению в правовое поле самовольных построек не как совокупности стройматериалов, которыми они итак являются, а в качестве полноценных объектов недвижимого имущества, т.е. их легализации посвящается настоящая работа. Нашей целью будет являться признание права собственности на самовольную постройку как наиболее полного из вещных прав.

Уже в ч.3 ст.222 ГК РФ указано, что право собственности на самовольную постройку может быть признано за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном бессрочном пользовании которого находится земельный участок, занятый этим объектом. Это положение отражает тесную связь судьбы постройки и участка, а также должно являться препятствием для само захвата земель. В том же пункте указывается, что право собственности на самовольную постройку приобретается в судебном и «в ином установленном законом порядке». Данная бланкетная норма отсылает нас ко всему массиву отечественного законодательства, поэтому, видится необходимым вначале исследовать «иной», внесудебный порядок легализации самовольных построек и уже потом перейти к признанию прав судом.

Говоря об ином предусмотренном законом порядке, в первую очередь, имеют в виду процедуры, закреплённые в ФЗ №93 от 30 июня 2006г., названном СМИ «законом о дачной амнистии». Им установлен упрощённый порядок приобретения права собственности на объекты, возведённые на землях дачных, садоводческих объединений, а также участках, отведённых для индивидуального жилищного строительства или ведения личного подсобного хозяйства. Согласно ст. 25.3 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» **Федеральный закон от 21.07.1997 N 122-ФЗ (ред. от 29.12.2010) "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"** для регистрации права собственности на объекты, возведённые на указанных участках, необходимо предоставить документы,

подтверждающие создание объекта и содержащие его описание, а также правоустанавливающие документы на земельный участок. Для объектов, возведённых на землях садоводческих и дачных объединений, такими документами являются заключение правления объединения о том, что постройка находится в границах участка и декларация об этом объекте, заполняемая самим владельцем. Что касается объектов, возведённых на землях, отведённых для индивидуального жилищного строительства или ведения подсобного хозяйства, такими документами выступают заключение ОМСУ о том, что объект находится в границах участка, кадастровый паспорт и, с 1 марта 2015г., разрешение на ввод в эксплуатацию.

Указанный порядок выгодно отличается простотой норм, чётким перечнем необходимых документов, а если вести речь о постройках дачников и садоводов, упрощённый порядок предоставления земельных участков, возможность их безвозмездного приобретения в собственность граждан делают указанный порядок весьма привлекательным.

Также не стоит забывать о тех возможностях, которые предоставляются Законом РФ «О приватизации жилищного фонда в РФ», если речь идёт о жилом доме, находящимся в государственной или муниципальной собственности и занимаемом гражданином РФ. Напомню, что с учётом всех продлений приватизация производится до 1 марта 2013г. Кроме этого необходимо учитывать положения, которые содержит обширное нормотворчество субъектов РФ.

Однако, учитывая, что эти процедуры установлены для граждан в отношении возведённых ими жилых или хозяйственных построек и не охватывают прав юридических лиц, особое значение приобретает судебный порядок легализации самовольных построек. Не теряет своей важности он и для граждан, если в отношении их имущества не установлен законом «упрощённый» порядок приобретения права собственности. Ещё одно преимущество обращения в суд - наличие жёстких процессуальных сроков по сравнению с «административным» порядком.

Гражданский кодекс содержит норму, согласно которой собственник, а равно лицо, в пожизненном наследуемом владении, постоянном бессрочном пользовании которого находится земельный участок, может получить права собственности на самовольную постройку. Это возможно, если он не нарушает законных интересов других лиц и не создает угрозу жизни и здоровью людей (п. 3 ст. 222 ГК РФ). Перечисленные условия должны быть подтверждены разрешениями органов санитарного надзора, пожарной охраны, архитектурного или строительного контроля и др. В зависимости от конкретных обстоятельств дела по требованию суда необходимо предоставление дополнительных документов. Следует также учитывать, что согласно п.26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ N 10 от 29.04.2010 суд в случае отсутствия

заклучений компетентных органов или при наличии сомнений в достоверности вправе назначить экспертизу по правилам ст.79 ГПК РФ, ст. 82 АПК РФ. Только после этого самовольная постройка может быть по решению суда признана собственностью законного владельца земельного участка.

Нельзя исключать и такой вариант, когда застройщику передается земельный участок, находящийся в частной собственности другого лица. Это возможно после того, как земельный участок будет изъят у собственника (ст. 284 ГК РФ) или будет заключен договор с собственником о приобретении застройщиком права на участок. Исходя из судебной практики, можно утверждать, что необязательно, чтобы земельный участок был предоставлен под самовольную постройку на праве собственности или другом, указанном в ч. 3 ст. 222 ГК РФ на момент рассмотрения судом иска о признании права собственности на нее. Главное, чтобы к этому моменту собственник в письме или отзыве на иск пообещал истцу предоставить земельный участок для эксплуатации постройки в будущем. Кроме этого, судебная практика допускает, что земельный участок может принадлежать лицу, осуществившему самовольную постройку, не только на праве, указанном в ст. 222 ГК РФ, но и на праве аренды. Изложенный подход широко распространен в судебной практике.

При этом лицо, за которым признано право собственности, должно возместить застройщику расходы на строительство в размере, определенном судом. Необходимо учитывать, что земельный участок, занятый самовольной постройкой, может использоваться только по разрешенному назначению и в соответствии с указанной категорией. В противном случае данная ситуация будет противоречить Земельному кодексу (ст. 8 ЗК РФ). Но и это положение ещё не критично: по заявлению заинтересованных лиц возможно изменение категории данного земельного участка. Отдельно следует рассмотреть наиболее часто встречающуюся ситуацию: отсутствие разрешения на строительство. Как уже отмечалось ранее, разрешение требуется не во всех случаях возведения объектов недвижимого имущества. Кроме этого п.26 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" сообщает, что отсутствие разрешения на строительство не может служить основанием для отказа в иске о признании права собственности на самовольную постройку. Если отсутствие разрешения и (или) акта ввода объекта в эксплуатацию – это её единственный признак, а лицо, осуществившее самовольную постройку, предпринимало меры к их получению, но по какой-либо причине не смогло получить документы,

решение должно быть вынесено в его пользу. Хочу заметить, что подобные положения ранее разрабатывались в юридической литературе.

Вступившие в законную силу судебные решения о признании права собственности на самовольную постройку являются основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество, а сама регистрация права собственности - логичным завершением процесса легализации самовольной постройки. Однако, учитывая положение п.21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 о том, что регистрация постройки, имеющей признаки самовольной, не исключает предъявления требования о её сносе, можно сказать, что суды, защищая интересы других лиц, придают уже зарегистрированному в установленном законом порядке праву собственности определённую «шаткость» и обрекают её собственника на постоянную борьбу.

Ещё один аспект проблемы: возможность применения к самовольным постройкам приобретательной давности. Положение о приобретательной давности означает, что лицо, которое не является собственником недвижимого имущества, но добросовестно и непрерывно владеет им в течение 15 лет, приобретает право собственности на него (ст. 234 ГК РФ). Правовая позиция Верховного Суда в целом была подтверждена определением Конституционного Суда от 25 марта 2004 г. № 85-О. В своем постановлении суд подчеркнул, что гарантии права собственности и права на жилище предоставляются лишь в отношении того имущества, которое принадлежит субъекту права на законных основаниях. Однако федеральные органы исполнительной власти придерживаются несколько иной точки зрения и считают возможным применение приобретательной давности к объектам самовольного строительства. Следует отметить, что позиция Верховного суда видится более обоснованной, поскольку самовольное строительство, являясь незаконным, не позволяет говорить о добросовестности владения его результатами, кроме того нельзя ссылаться на истечение сроков исковой давности (по которым определяется начало течения срока приобретательной давности в соответствии с п.4 ст.234 ГК РФ), учитывая что исковая давность на требования собственника имущества или иного титульного владельца об устранении всяких нарушений его права не распространяется (ст.208 УК РФ). В данном случае прежде всего следует иметь ввиду возможные требования собственников или владельцев земельного участка, на котором возведена самовольная постройка и соседних участков. Принимая во внимание, что термину «добросовестность» не дано законодательного определения, а его толкование в юридической науке неоднозначно (отсутствие злонамеренности, самостоятельность, уверенность в законности и пр.) эта проблема остаётся неразрешённой.

В настоящее время проблема легализации самовольных построек стоит крайне остро, их владельцы начинают осознавать необходимость возвращения самовольно возведённых строений в правовое поле, а значит и в сферу гражданского оборота. По мнению автора, необходимо внятно закрепить возможность применения к самовольным постройкам положений ст.234 ГК РФ о приобретательной давности, установить право лица, создавшего самовольную постройку без согласия собственника земельного участка, на признание его собственником такого объекта при условии согласия собственника участка и компенсации ему причинённых убытков, а также принять меры по повышению административной ответственности за самовольное строительство.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫХ СДЕЛОК ДОЛЖНИКА В ПРОЦЕДУРЕ НАБЛЮДЕНИЯ

Сысоева Ольга Валерьевна,
соискатель кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Шишмарева Татьяна Петровна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Процедура наблюдения была впервые установлена Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» от 08.01.1998 № 6-ФЗ¹. Она не была известна ни Закону РФ от 19.11.1992 N 3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»², ни дореволюционному законодательству о банкротстве.

Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» № 127-ФЗ от 26.10.2002 (далее - Закон о банкротстве) в основном сохранил нормы, регламентирующие процедуру наблюдения, в неизменном виде.

Процедура наблюдения вводится с даты вынесения арбитражным судом определения о введении наблюдения. Наряду с руководителем и органами управления должника процедура наблюдения предполагает деятельность временного управляющего должника, основными функциями которого являются: сохранение имущества должника; проведение анализа

¹ О несостоятельности (банкротстве): ФЗ от 08 января 1998 г. N 6-ФЗ [с последующими изменениями] //СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

² О несостоятельности (банкротстве) предприятий: Закон РФ от 19 ноября 1992 г. N 3929-1 [с последующими изменениями] // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. №1. Ст. 6.

финансового состояния юридического лица; иногда выделяют и третью функцию - установление требований кредиторов для целей голосования¹.

По сути, наблюдение – это процедура, когда должник продолжает функционировать, но уже с ограничениями, установленными Законом о банкротстве. Пунктами 2 и 3 статьи 64 Закона о банкротстве установлены ограничения для руководителя и иных органов управления должника.

Так, согласно пункту 2 статьи 64 Закона о банкротстве органы управления должника могут совершать (исключительно с согласия временного управляющего, выраженного в письменной форме, за исключением случаев, прямо предусмотренных настоящим Федеральным законом), сделки или несколько взаимосвязанных между собой сделок:

- связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет более пяти процентов балансовой стоимости активов должника на дату введения наблюдения;
- связанных с получением и выдачей займов (кредитов), выдачей поручительств и гарантий, уступкой прав требования, переводом долга, а также с учреждением доверительного управления имуществом должника.

Из перечисленных сделок требует особого контроля со стороны временного управляющего, поскольку их заключение может существенно ухудшить положение должника и его кредиторов.

Обращает внимание, что из перечисленных сделок лишь применительно к сделкам, связанным с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, закон вводит дополнительный критерий: цену сделки. Указанные сделки подлежат согласованию с временным управляющим, если их цена превышает 5 % балансовой стоимости активов должника. Все остальные сделки подлежат согласованию с временным управляющим вне зависимости от цены.

Ранее, в Законе о банкротстве 1998 года, указанные сделки подлежали согласованию, если их цена составляла более десяти процентов балансовой стоимости активов должника, при этом отсутствовало указание на то, что балансовая стоимость должна определяться на дату введения наблюдения.

По сравнению с Законом о банкротстве 1998 года действующий закон повысил требования к совершению подобного рода сделок.

Нетрудно заметить, что формулировки, используемые в п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве, аналогичны формулировкам, используемым в корпоративном законодательстве при регулировании крупных сделок (ст. 78 Федерального закона «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ, ст. 46 Федерального закона «Об обществах с ограниченной

¹ Свириин Ю.А. Конкурсное право. М.: Багира-2, 2006. С. 141.

ответственностью» от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ, ст. 23 Федеральный закон от 14.11.2002 г. № 161-ФЗ "О государственных и муниципальных унитарных предприятиях").

Однако ни корпоративное законодательство, ни законодательство о банкротстве не раскрывают содержание понятия «взаимосвязанные сделки».

При применении корпоративного законодательства, суды выработали единые подходы к решению вопроса о взаимосвязанности сделок. Оценивая сделку как крупную, суды исходят из: правовой природы сделки; субъектного состава (заключены ли все договоры с одним и тем же лицом, или же контрагентами выступают разные лица); сроков заключения сделок; предмета сделки и объекта правоотношений; цели сделки.

Так, не считаются взаимосвязанными сделки, которые имеют разную правовую природу; субъектный состав которых не совпадает; заключенные в разное время; предметом которых выступает неоднотипное имущество, либо однотипное имущество, используемое по разному назначению¹.

Оценивая взаимосвязанность сделок на основании п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве, суды исходят из тех же критериев, выработанных при применении корпоративного законодательства. Так, отказывая в удовлетворении исковых требований о признании договоров купли-продажи недействительными и о применении последствий их недействительности, суд отметил, что все сделки заключены в разное время, их условия не являются идентичными, направлены на отчуждение различных объектов: недвижимости, оборудования, заграждений. Указанные объекты могут быть самостоятельно использованы в процессе хозяйственной деятельности, все предметы сделки не связаны между собой единым технологическим процессом². Аналогичные выводы содержатся и в иных судебных актах³.

Как отмечает А.Н. Семина, введение понятия «несколько взаимосвязанных между собой сделок» несомненно является правовым и прогрессивным, но оно порождает некоторые новые для права о банкротстве вопросы⁴.

П. 2 ст. 64 Закона о банкротстве говорит только о сделках, «связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества».

Термины «приобретение» и «отчуждение» употребляются применительно к договорам купли-продажи, мены, дарения, когда одна

¹ Николева Е.Ю. Крупные сделки с ФГУП: риск оспаривания // Арбитражная практика. 2010. № 6. С. 15.

² См. Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 23.08.2008 по делу № 82-5141/2007-43// СПС «Консультант Плюс».

³ См. Постановление ФАС Уральского округа от 16.02.2009 N Ф09-397/09-С6 по делу N А50П-775/2008 // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Семина А.Н. Банкротство: вопросы правоспособности должника – юридического лица. М.: Экзамен, 2004. С. 69.

сторона приобретает имущество, а другая – отчуждает. Не достаточно точной является формулировка «прямо либо косвенно». Отсутствие четких критериев ставит вопрос о распространении п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве на отношения аренды и т.д.

Представляется что, отказываясь от конкретного перечня сделок, требующих согласования с временным управляющим, законодатель придал п. 2 ст. 64 Закона о банкротстве широкое применение.

Так, договор о совместной деятельности (долевом участии в реконструкции жилых домов) был оценен судом как подпадающий под категорию сделок по приобретению, отчуждению или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника¹.

Что касается сделок, связанных с получением и выдачей займов (кредитов), выдачей поручительств и гарантий, уступкой прав требования, переводом долга, а также с учреждением доверительного управления имуществом должника, то согласие временного управляющего требуется в любом случае, независимо от цены указанных сделок.

Закон о банкротстве не указывает, когда должно быть получено согласие временного управляющего на совершение указанных сделок. Представляется, что такое согласие может быть как предварительным (полученным до совершения сделки), так и последующим (полученным после совершения сделки). Единственное требование законодателя к согласию временного управляющего – это письменная форма. Отсутствие письменного согласия временного управляющего на совершение сделки является безусловным основанием для признания сделки недействительной².

На практике часто встречаются ситуации, когда наблюдение введено, а временный управляющий еще не утвержден. Полагаем, что правило о необходимости получения согласия временного управляющего на совершение сделок, указанных в ст. 64 Закона о банкротстве, действует без исключения. Фактически это приводит к тому, что должник лишен возможности совершения подобных сделок до утверждения судом временного управляющего.

Обращает внимание, что перечень сделок, указанных в пункте 2 статьи 64 Закона о банкротстве, может быть расширен.

Согласно пункту 1 статьи 66 Закона о банкротстве временный управляющий вправе обращаться в арбитражный суд с ходатайством о принятии дополнительных мер по обеспечению сохранности имущества должника, в том числе о запрете совершать без согласия временного

¹ См. Определение ВАС РФ от 19.02.2010 N ВАС-15553/08 по делу N А40-1083/08-88-2 // СПС «Консультант Плюс».

² См. Определения ВАС РФ от 28.11.2007 по делу №16048/07, от 13.04.2007 по делу №4374/07 // СПС «Консультант Плюс».

управляющего сделки, не предусмотренные пунктом 2 статьи 64 настоящего Федерального закона.

Таким образом, арбитражный суд может установить запрет на совершение иных сделок, не предусмотренных пунктом 2 статьи 64 Закона о банкротстве, без согласия временного управляющего.

Так, временный управляющий вправе обратиться в арбитражный суд с ходатайством о запрете совершать должником сделки, связанных с приобретением, отчуждением или возможностью отчуждения прямо либо косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет менее пяти процентов балансовой стоимости активов должника на дату введения наблюдения. Подобное заявление рассматривается как заявление о принятии обеспечительных мер по правилам главы 8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации¹.

Пунктом 3 статьи 64 Закона о банкротстве установлен перечень решений, которые органы управления должника не вправе принимать.

Федеральным законом «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 30.12.2008 № 296-ФЗ² статья 64 Закона о банкротстве дополнена пунктом 3.1., устанавливающим перечень решений, которые собственник имущества должника - унитарного предприятия не вправе принимать.

Таким образом, в целях предупреждения злоупотреблений со стороны должника законодатель несколько сузил пределы обычной правосубъектности должника³. В течение наблюдения должник – юридическое лицо ограничивается как в правоспособности, так и в дееспособности, причем эти ограничения проводятся по различным параметрам⁴.

Содержащийся в п.п. 2, 3, 3.1. ст. 64 Закона о банкротстве перечень ограничений компетенции органов управления должника носит закрытый характер и не подлежит расширительному толкованию. Следовательно, по иным вопросам органы управления должника осуществляют свою текущую деятельность в обычном порядке. В литературе высказывается мысль о необходимости установить дополнительные ограничения, что представляется не бесспорным.

В целях сохранения имущества должника временный управляющий наделен рядом правомочий, перечисленных в статье 66 Закона о банкротстве, в том числе правом предъявлять в арбитражный суд от своего имени требования о признании недействительными сделок и решений, а

¹ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.11.2007 по делу № А21-7327/2006 // СПС «Консультант Плюс».

² О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: ФЗ от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 4.

³ Кавелина Н.Ю. Особенности деятельности совета директоров АО в процедуре наблюдения // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. № 4. С. 18.

⁴ Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 290.

также требования о применении последствий недействительности ничтожных сделок, заключенных или исполненных должником с нарушением требований, установленных статьями 63 и 64 настоящего Федерального закона.

Если толковать эту норму буквально, то можно сделать вывод, что, допускается требование о признании недействительными только сделок не соответствующих ст. 63 и 64 Закона.¹

Возникает вопрос: имеет ли временный управляющий право заявить о признании недействительными сделок и о применении последствий недействительности в отношении сделок должника, нарушающих иные федеральные законы (данный вопрос возникает в случае, когда временный управляющий, проводя финансовый анализ деятельности должника, обнаруживает сделки, совершенные с нарушением законодательства)?

В судебной практике высказана позиция, что в пункте 1 статьи 66 Закона о банкротстве речь идет о возможности предъявления временным управляющим исков о признании сделок недействительными по общим основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом².

Имеется и иное мнение, согласно которому полномочия временного управляющего на предъявление от своего имени исков о признании сделок недействительными по общим основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом, Законом о банкротстве, не установлены³.

М.В. Телюкина полагает целесообразным обосновать возможность заявления временным управляющим требований о недействительности любых сделок должника, исходя из соображений разумности, а также из обязанности арбитражного управляющего принимать меры по защите имущества должника, установленные ч. 2 п. 4 ст. 24, ч. 2 п. 1 ст. 67 Закона⁴.

Из содержания статьи 66 Закона о банкротстве не следует однозначного ответа, являются ли указанные сделки ничтожными или оспоримыми.

Прямого указания о последствиях несоблюдения требования о получении согласия временного управляющего Закон не содержит, что вызывает необходимость определить, приводит ли данное нарушение к ничтожности сделки либо она является оспоримой.

¹ Свириной Ю.А., Конкурсное право. М.:Багира-2, 2006. С. 121.

² См. постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.11.2010 № 09АП-25765/2010-ГК по делу № А40-60241/10-95-278, постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.04.2004 № Ф04/1911-192/А67-2004, постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 21.08.2002 № Ф04/2976-920/А27-2002 по делу № А27-1961/2002-1// СПС «Консультант Плюс».

³ Рекомендации Научно-консультативного совета при Федеральном арбитражном суде Уральского округа № 2/2006 по вопросам рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Телюкина М.В. Комментарий к Федеральному закону от 26 ноября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС «Консультант Плюс».

По данному вопросу в литературе велась дискуссия¹. Вопрос о том, какие нарушения приводят к ничтожности сделки, а какие к оспоримости, был решен в Информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 129 от 14 апреля 2009 г. «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами абзаца 2 пункта 1 статьи 66 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)».

Длительное время не был решен процессуальный вопрос о подсудности споров, возникающих при оспаривании временным управляющим сделок, совершенных с нарушением требований ст. 64 Закона о банкротстве².

До введения в действие главы III.1 Закона о банкротстве в арбитражной практике вставал вопрос о том, подлежит ли рассмотрению данное требование в рамках дела о банкротстве либо временный управляющий должен обращаться с подобными исками с соблюдением общих правил о подсудности (вне рамок дела о банкротстве).

Исходя из системного толкования п. 1 ст. 61.1 и п. 1 ст. 61.8 Закона о банкротстве, заявление об оспаривании сделки должника, совершенной с нарушением требований ст. 64 Закона о банкротстве, подлежит рассмотрению в рамках дела о банкротстве. Данный вывод находит подтверждение и в арбитражной практике³.

Следует отметить отсутствие специальных последствий недействительности сделки на основании п.п. 2, 3 ст. 64 Закона о банкротстве. Вполне допустима ситуация, когда на основании п. 2 ст. 62 Закона о банкротстве признается недействительной сделка, по которой контрагент должника исполнил обязательство (например, осуществил поставку товара). В связи с чем неясно, возможно ли применение двусторонней реституции, либо контрагент должника должен стать конкурсным кредитором, или он должен признаваться текущим кредитором.

М.В. Телюкиной предложены на этот случай два способа защиты. Во-первых, законодательно закрепив толкование о текущем характере требований контрагентов должника. Во-вторых, закрепив в законе обязанность руководителя должника, заключая сделку, ставить контрагента в известность о возбужденном конкурсном процессе, а также установив ответственность руководителя должника в виде возмещения контрагентам убытков, вызванных действиями руководителя⁴.

¹ См. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)»/ под ред. В.В. Витрянского. М., 2001. С. 155; Телюкина М.В. Конкурсное право. М., 2002. С. 243; Новоселова Н.А. Уступка права требования в процессе несостоятельности // Арбитражная практика. 2003. № 9. С. 10

² См. Никитина О.А. Процедура наблюдения // Вестник ВАС РФ. 1998. № 2. Спец. приложение. С. 110.

³ См. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 10.06.2010 по делу N А58-8362/09; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 05.04.2010 по делу N А10-3977/2008 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 293-294.

Полагаем, что необходимость уведомления контрагента руководителем должника о введении в отношении должника процедуры наблюдения не является необходимым, поскольку сведения об этом подлежат обязательному опубликованию в официальном источнике.

Поскольку Закон о банкротстве не содержит специальных правовых последствий недействительности сделок, совершенных с нарушением ст. 63 и ст. 64 Закона о банкротстве, правовым последствием признания данных сделки должника недействительными является двусторонняя реституция. Последствия введения процедуры наблюдения, установленные Законом о банкротстве, не исключают возможности применения реституции.

ПОНЯТИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Тарасова Валентина Юрьевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Екатерина Николаевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В теории права существует несколько основных подходов к понятию правоотношения.¹ Остановимся на следующем и под правовыми отношениями (или правоотношениями) будем понимать урегулированные нормами права общественные отношения, участники которых становятся носителями субъективных прав и юридических обязанностей, охраняемых

¹ К настоящему времени в науке сложилось два основных подхода относительно понятия правового отношения (в том числе и гражданско-правового). Большинство авторов придерживаются мнения о том, что правоотношение представляет собой фактическое общественное отношение, урегулированное нормой права. В данном случае правоотношение является не чем иным, как правовой формой общественного отношения, которое, в свою очередь, можно охарактеризовать как материальное содержание, облеченное в указанную форму. Таким образом, правоотношение представляет собой единство правовой формы и материального содержания. Правоотношение не существует изолированно от опосредуемого им фактического общественного отношения.

Согласно второму подходу следует выделять два вида отношений - фактическое общественное отношение и правоотношение, представляющее собой идеальную модель поведения субъектов общественного отношения, с помощью и посредством которой правовая норма воздействует на общественное отношение. Правовая норма конкретизируется в правоотношении. Наиболее полное изложение концепция получила в работах Ю.К. Толстого. Указанный подход неоднократно подвергался в юридической литературе аргументированной критике из-за того, что вместо выявления сущности правоотношения он порождает множество дополнительных вопросов, не давая на них ясного ответа¹. Основной недостаток этой позиции, как отмечается, заключается в искусственном разъединении правоотношения и реального общественного отношения.

Не вдаваясь в дискуссию о понятии правоотношения как такового, будем руководствоваться указанным определением.

и гарантированных государством¹.

Однако общественные отношения настолько разнообразны, что применение одинакового правового регулирования к различным видам общественных отношений является неэффективным, необходимо их рассмотрение как правовых явлений, имеющих свои особенности. Для нас интерес представляют именно корпоративные правоотношения.

Слово "корпорация" происходит от позднелатинского "corporatio" - общество, союз, группа лиц, объединенная общностью профессиональных или сословных интересов².

Термины, чаще всего встречающиеся в римском праве для обозначения юридических лиц: «corpus», «universitas», «collegium», - не включают в себе мысли о чем-либо фиктивном, воображаемом, в противоположность реальному, действительно существующему. Отметим лишь, что термины «corpus» и «universitas» использовались в том числе и в отношении собирательных вещей, объединяемых в одно целое (в частности, стадо рабочего скота, табун лошадей, корабль, дом и т.д.). С этими объединенными в одно целое вещами римляне прямо сопоставляли объединенную совокупность лиц: народ, легион, войско, сенат³.

Во второй половине XIX в. германский ученый-правовед Отто фон Гирке сделал большой вклад в развитие представлений о юридических лицах в целом и о корпорациях в частности, обосновывая положения о понятии и сущности юридического лица, предложил свою концепцию о "союзных лицах (личностях)", различая среди них государство, корпорации и институты⁴ (органическая теория).

«Что такое союзная личность? - спрашивает Гирке и отвечает: Это признанная юридическим порядком способность человеческого союза как единого целого, отличного от суммы связанных индивидов, быть субъектом прав и обязанностей...»⁵.

Корпорация, по мнению Гирке, является одной из разновидностей союзных лиц. Корпорация, отмечал Гирке, как реальное собирательное лицо есть общение, носители которого суть связанные между собой индивиды и которое принадлежит им. Между собирательным лицом и индивидуальными лицами, которые взаимно влияют друг на друга, получая и давая, завязывается здесь лично правовой союз, подобного которому не бывает вне корпорации (*этим подчеркивается значение именно внутренних отношений в корпорации*)⁶.

¹ См., напр.: Марченко М.Н. Теория государства и права. М., 2004. С. 585.

² См.: Словарь иностранных слов. М., 1980. С. 261.

³ Кроме цитированных в пред. прим. fr. 30 pr. D. XLI, 3 и fr. 76 D. V, 1 см. еще место из 102 epist Сенеки (Epistul. moralium ad Lucilium ep. 2 - в Biblioth. scriptorum graec. et roman. Teubneriana vol. III p. 332)

⁴ Могилевский С.Д., Самойлов И.А. Корпорации в России: правовой статус и основы деятельности: учеб. пособ. М., 2007. С. 6.

⁵ Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве. Понятие, виды, государственные юридические лица. М., 1979. С. 100.

⁶ Цит. по: Суворов Н.С. Указ. соч. С. 103.

Теория корпоративных правоотношений в широком смысле возникла вследствие изучения статуса и внутренней структуры так называемой германской корпорации, которая изначально противопоставлялась римской корпорации, отождествляемой с любым субъектом права, наделенным правами юридической личности¹. По своей внутренней структуре они существенно различаются. Между участниками (членами) римской корпорации не существует никакой правовой связи, отличной от той, которая может быть установлена между субъектами, не организованными в единое целое. Напротив, в германской корпорации между участниками (членами) существуют особые правовые связи, обусловленные участием (членством) в корпорации².

Собственно корпоративными правоотношениями О. Гирке назвал правоотношения, возникающие с участием корпорации, участники (члены) которой осуществляли принадлежащие им права и исполняли возложенные на них обязанности в силу участия (членства) в корпорации³.

Развитие учения о юридических лицах германскими учеными-правоведами позволило взглянуть на корпорацию с более четких позиций - уже как на самостоятельный субъект гражданско-правовых отношений - юридическое лицо. А с тех пор как германский юрист Штифтунг ввел в цивилистику понятие «учреждение», «корпорацию» стали понимать как юридическое лицо, основанное на членстве, участии⁴.

Германские правоведы оказывали большое влияние на развитие воззрений и представлений российских ученых-правоведов о понятии и сути юридических лиц. Так, одной из классификаций юридических лиц в России XIX в. являлось деление юридических лиц на соединение лиц (корпорации) и на учреждения (институты)⁵.

Юридическое лицо представляло собой соединение лиц в тех случаях, когда люди, имеющие общие интересы, объединялись и соединяли свои средства (имущество) для достижения совместными усилиями известных целей. Физические лица, объединившись, образуют особый субъект прав, отличный от них⁶. Это союз физических лиц, за волю которого принимается соединенная воля всех членов корпорации.

Юридическое лицо представляло собой учреждение в тех случаях, когда **часть имущества объединившихся физических лиц**

¹ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах // СПС «Консультант Плюс».

² См.: Суворов Н.С. Указ. соч. С. 102-105.

³ Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах // СПС «Консультант Плюс».

⁴ См.: Герваген Л.Л. Развитие учения о юридическом лице. СПб., 1888. С. 18-24.

⁵ См. подробнее: Суворов Н.С. Указ. соч.; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М., 1995; Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997; Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. СПб., 1998.

⁶ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 92. Цит. по: Каминка А.И. Очерки торгового права (под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова). М.: Зерцало, 2007.

предназначалась для достижения известной цели, которая не зависела от личных интересов субъектов¹.

Современное понимание термина "корпорация", а также и понятия корпоративных отношений далеко не соответствует его историческому значению.

Мнения исследователей по поводу определения корпоративных правоотношений также разделились². Причинами такого положения дел является отсутствие единства исследователей в вопросе о том, что понимать под корпорацией; неоднозначная трактовка исследователями понятия "корпоративное правоотношение", что кроется в различных подходах исследователей к перечню субъектов этих правоотношений; отсутствие в науке единого мнения по поводу перечня корпоративных прав и обязанностей³.

При рассмотрении корпоративных отношений можно обозначить два аспекта:

1. корпоративные отношения в узком смысле как внутренние отношения в корпорации, например, связанные с участием акционеров (участников) в управлении и контроле за деятельностью общества⁴. То есть понимание корпоративных отношений ограничивается определенной сферой – юридическим лицом (а не любым объединением лиц), участием в различных юридических лицах и их объединениях. Как раз такое понимание идет из германского права, из рассмотрения германской корпорации.

2. в широком смысле - как отношения, возникающие в связи с предпринимательской деятельностью корпорации как юридического лица. Этот аспект связан с государственным регулированием создания и деятельности корпораций, например, регулированием эмиссии ценных бумаг, аффилированности хозяйственных обществ⁵.

При таком подходе получается, что корпоративными можно назвать любые отношения, где есть взаимодействие лиц. По сути, при таком понимании мы возвращаемся к римскому праву, где термины "CORPUS" и "UNIVERSITAS" применялись так же к любым объединениям, в том числе обозначали стадо рабочего скота, табун лошадей. Широкий подход в понимании данных отношений нельзя назвать удачным, он не несет

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 92. Цит. по: Каминка А.И. Очерки торгового права /под ред. В.А. Томсинова. М., Зерцало, 2007.

²Напр.: Кононов В.С. Корпоративные правоотношения: Понятие, признаки, сущность // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 9 / под ред. О.Ю. Шиловцова. М.: Норма, 2005; Козлова Н.В. Гражданско-правовая природа отношений между юридическим лицом и его учредителями // Законодательство. 2004. № 7. С. 54 - 64; Законодательство. 2004. № 8. С. 32 - 42; Ломакин Д.В. Корпоративные отношения и предмет гражданско-правового регулирования // Законодательство. 2004. № 5. С. 58 - 63; Законодательство. 2004. № 6. С. 50 - 58; Рожкова М.А. Корпоративные отношения и возникающие из них споры // Вестник ВАС РФ. 2005. № 9. С. 141 - 142.

³ Мельникова Т.В. К вопросу о понятии корпоративного правоотношения.// СПС «Консультант Плюс».

⁴ Корпоративное право: учебник /отв.ред. И.С. Шиткина. М., 2007. С. 19.

⁵ Корпоративное право: учебник /отв.ред. И.С. Шиткина. М., 2007. С. 19.

какого-либо практического значения.

Очевидно, что узкий подход является более удачным, однако приведенные современные точки зрения на корпоративные отношения свидетельствуют о том, что в российской юридической литературе и судебной практике не выработано четкое и единообразное определение их сущности и основных признаков.

Вопрос о понятийной характеристике корпоративных отношений затрагивается и в судебной практике. Чаще всего это происходит в связи с необходимостью определения понятия корпоративного спора.

Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ¹ законодатель дополнил АПК РФ главой 28.1 «Рассмотрение дел по корпоративным спорам», ввел понятие «корпоративного спора» в процессуальное законодательство. Соответственно данные категории используются не только в гражданском праве и имеют значение не только в рамках данной отрасли.

Закрепленное в ст. 225.1 АПК определение корпоративных споров (как споров, связанных "с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, являющемся коммерческой организацией, а также в некоммерческом партнерстве, ассоциации (союзе) коммерческих организаций, иной некоммерческой организации, объединяющей коммерческие организации и (или) индивидуальных предпринимателей, некоммерческой организации, имеющей статус саморегулируемой организации в соответствии с федеральным законом") еще на стадии обсуждения законопроекта вызывало серьезные нарекания по содержанию, субъектному составу и т.д.²

Представляется, что спор может быть обозначен как корпоративный, если он связан с участием в хозяйственном товариществе, обществе, кооперативе и вытекает из их деятельности.

Сложилась парадоксальная ситуация, когда категория споров, обособленная в процессуальном законодательстве, не имеет аналога в праве материальном³. В отличие от понятия «корпоративный спор» в законодательстве пока нет легального определения понятия «корпоративных отношений».

В Концепции развития гражданского законодательства⁴ говорится о

¹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации: ФЗ от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3642.

² См.: Замечания и предложения к проекту Федерального закона N 384664-4 "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации (в части совершенствования процедуры разрешения корпоративных конфликтов)" // СПС "Гарант"; письмо Первого заместителя председателя Верховного Суда РФ от 26 февраля 2007 г. N 463-2/общ. // СПС "Гарант".

³ Долинская В.В. Понятие корпоративных конфликтов// Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 6.

⁴ "Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации" (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07 ноября 2009 г. // СПС «Консультант Плюс».

том, что в круг отношений, регулируемых гражданским законодательством и определяющих его предмет (статья 2 ГК), следует включить **корпоративные отношения**. Этим, в известной мере условным, названием охватывается уже достаточно четко обособившаяся группа интенсивно развивающихся отношений по созданию юридических лиц корпоративного типа, участию в них и связанным с таким участием обязательствам. 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 законодательства¹.

Конкретизируется, что с точки зрения предмета гражданского законодательства необходимо включить в пункт 1 статьи 2 ГК еще одну группу отношений, регулируемых гражданским законодательством, а именно **корпоративные отношения**, под которыми следует понимать отношения, связанные с "правом участия" в корпорации, а также соответствующие обязательственные отношения между учредителями (участниками) и корпорацией.

Однако проект Гражданского кодекса РФ по-другому формулирует понятие корпоративных правоотношений. В проекте ГК РФ п.1 ст. 2 выглядит следующим образом:

Гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует *отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения)*, договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

¹ Концепция развития гражданского законодательства исходит из того, что за время, прошедшее с начала 90-х годов прошлого столетия, в России, в основном, сложилось экономически, социально и логически обоснованное и в целом оправдавшее себя современное гражданское законодательство. Основой и ядром этого законодательства стал Гражданский кодекс Российской Федерации 1994 - 2006 гг. (Гражданский кодекс, ГК) - система принципиальных и наиболее важных правовых норм, являющихся в значительной части общими для всего гражданского законодательства и в определенной части - для российского законодательства вообще (нормы о субъектах гражданского права, о собственности, о защите нематериальных благ и др.).

Многочисленные, в том числе серьезные, экономические правонарушения на стадии становления рыночной экономики, часто совершающиеся под прикрытием норм гражданского права, выявили недостаточную для новых условий завершенность в законе ряда классических гражданско-правовых институтов, таких как недействительность сделок, создание, реорганизация и ликвидация юридических лиц, законные проценты, уступка требований и перевод долга, залог и др.

В последующие годы обширная практика применения этого законодательства судами показала, что многие общие положения ГК нуждаются в дополнениях и детализации, отсутствие которых не может быть восполнено судебным толкованием.

Логичной представляется постановка вопроса о том, что именно следует понимать под корпоративными правоотношениями? Отношения участия и связанные с ним отношения? Или отношения, связанные с участием, и отношения, связанные с управлением (как самостоятельные)?

На мой взгляд, участие в корпоративных организациях обуславливает возможность управления ими. Привлеченные управленцы без участия в корпорации не могут являться участниками корпоративных отношений. В отношениях, где одним из субъектов является «чистый» управленец (не участник), собственно корпоративных отношений нет. Это может быть, например, корпоративное управление в широком смысле, как взаимоотношения внутри корпорации и ее взаимоотношения с внешним миром, т.е. система отношений между органами управления и владельцами ценных бумаг корпорации, между корпорацией и государственными органами, а также другими заинтересованными лицами, так или иначе вовлеченными в управление эмитента (общества) как юридического лица. Но управление в рамках корпоративных отношений без участия не представляется возможным.

Еще сто лет назад Г.Ф. Шершеневич отмечал, что "в материальном значении, как право участия в предприятии, акция составляет необходимый момент в акционерном товариществе. В свою очередь, это право участия выражается в троякой форме: а) участие в разделе прибыли, даваемой предприятием; б) участие в разделе имущества товарищества при ликвидации его дела; в) участие в управлении делами товарищества. Два первых правомочия имущественного характера, третье - личного"¹.

Таким образом, управление в корпорации следует отличать от управления в рамках корпоративных правоотношений, последнее есть самостоятельное правомочие субъектов корпоративных отношений, а не иных лиц или органов.

Так как речь идет все-таки о членских отношениях в юридическом лице, то ценность понятия "корпоративные права" заключается все же в том, что это права субъектов - участников (учредителей) юридического лица. Подобной точки зрения придерживается Д.В. Ломакин, который отождествляет понятия "членское" и "корпоративное" правоотношения².

Более широкое толкование этого понятия приведет к тому, что исчезнет какой-либо смысл использовать понятие корпоративных прав. Видимо, поэтому именно в этом значении используется анализируемое понятие в судебной практике.

Так, по одному из дел Президиум ВАС РФ пояснил: "Результатом оспариваемых действий или бездействия акционерного общества является переход или сохранение прав владельцев ценных бумаг, дающих право на участие в управлении обществом и осуществление иных корпоративных

¹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. СПб., 1908.

² Ломакин Д.В. Акционерное правоотношение. М.: Спарк, 1997. С. 14.

прав"¹.

Попытки законодательного закрепления понятий корпоративных прав, корпоративных правоотношений и т.д. предпринимаются, разработана Концепция развития гражданского законодательства, подготовлен проект измененного Гражданского кодекса. Казалось бы, важность такого закрепления очевидна, более того, законодательное закрепление указанных категорий уже осуществляется, пусть пока и не в полной мере. Однако на вопрос необходимости законодательного закрепления указанных понятий не все готовы ответить положительно.

Именно на уровне законодательства должен быть решен вопрос о том, какие организации (признаваемые юридическими лицами) есть корпорации. Из закона должно четко усматриваться, что юридическое лицо обладает публичным статусом корпорации, присвоение которого государственным регистрирующим органом возможно лишь при наличии у него установленных законом признаков.

ПРАВО ОБЩЕЙ ДОЛЕВОЙ СОБСТВЕННОСТИ НА ЗЕМЕЛЬНЫЙ УЧАСТОК ПОД МНОГОКВАРТИРНЫМ ДОМОМ

Трухина Анастасия Сергеевна,
студентка 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Сорокина Светлана Яковлевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Принятие Жилищного кодекса РФ (далее – ЖК РФ) повлекло существенное изменение правового регулирования жилищных и связанных с ними отношений. Практика реализации положений ЖК РФ обнаружила наличие отдельных вопросов, однозначное решение которых в настоящее время отсутствует. Между тем вышеуказанная сфера является одной из наиболее социально значимых, поскольку затрагивает интересы всего населения государства. Отсюда очевидна важность и необходимость разрешения спорных моментов в соответствующей области.

Для подробного рассмотрения вопроса о праве общей долевой собственности на земельный участок под многоквартирным домом

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 17 января 2006 г. N 11236/05 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 6.

необходимо проанализировать законодательство РФ, а именно нормы гражданского, жилищного, земельного кодексов, касающиеся данного вопроса (далее - ГК, ЖК, ЗК).

Согласно п.1 ст. 36 ЖК РФ в состав общего имущества включается земельный участок, на котором расположен многоквартирный дом, что не закреплено в ГК РФ. В ст. 289 ГК РФ говорится: «собственнику квартиры в многоквартирном доме наряду с принадлежащим ему помещением, занимаемым под квартиру, принадлежит доля в праве собственности на общее имущество дома».

По мнению П.Н. Никонова и Н.Н. Журавского, земельный участок и жилой дом неразрывно связаны.¹

Понятие многоквартирного дома ЖК РФ не определено. Многоквартирным домом признается совокупность двух и более квартир, имеющих самостоятельные выходы либо на земельный участок, прилегающий к жилому дому, либо в помещения общего пользования в таком доме.²

Право общей долевой собственности на земельный участок как элемент общего имущества многоквартирного дома – *область междисциплинарного регулирования*.

Анализ права собственности на указанный земельный участок логично начать с момента возникновения права собственности. Основные нормы о возникновении права собственности на земельный участок под жилым домом закреплены ст. 16 Федерального закона о «О введении в действие Жилищного кодекса РФ»:

Если земельный участок под многоквартирным домом был сформирован до введения в действие ЖК РФ и в отношении него проведен государственный кадастровый учет, право общей долевой собственности на него у собственников помещений в многоквартирном доме считается возникшим в силу закона с момента введения в действие ЖК РФ с 1.03.2005г.

В случае если земельный участок не сформирован до введения в действие ЖК, то на основании решения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме любое уполномоченное указанным собранием лицо вправе обратиться в органы государственной власти или органы местного самоуправления с заявлением о формировании земельного участка, на котором расположен многоквартирный дом.³

¹ Никонов П.Н., Журавский Н.Н. Недвижимость, кадастр и мировые системы регистрации прав на недвижимое имущество // Аналитический обзор. 2006. С. 22.

² п. 6 Положения о признании помещения жилым помещением, жилого помещения непригодным для проживания и многоквартирного дома аварийным и подлежащим сносу или реконструкции, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 28.01.2006 № 47.

³ О введении в действие Жилищного кодекса РФ: Федеральный закон от 29 декабря 2004 г. N 189-ФЗ // СПС «Консультант плюс».

Конституционный суд Российской Федерации в своём постановлении пояснил, что собственники помещений в многоквартирных домах, земельные участки под которыми не сформированы, вправе в индивидуальном порядке обращаться в уполномоченные органы государственной власти или органы местного самоуправления с заявлениями о формировании этих земельных участков. Такие заявления являются основанием для осуществления соответствующим органом публичной власти формирования земельного участка и проведения его государственного кадастрового учета.¹

Земельный участок под многоквартирным домом переходит в общую долевую собственность собственников помещений в таком доме бесплатно. Каких-либо актов органов власти о возникновении права общей долевой собственности у собственников помещений в многоквартирном доме не требуется.

Вместе с тем, если земельный участок не сформирован и в отношении него не проведен государственный кадастровый учет, земля под многоквартирным домом находится в собственности соответствующего публично-правового образования. Собственник не вправе распоряжаться этой землей в той части, в которой должен быть сформирован земельный участок под многоквартирным домом. В свою очередь, собственники помещений в многоквартирном доме вправе владеть и пользоваться этим земельным участком в той мере, в какой это необходимо для эксплуатации ими многоквартирного дома, а также объектов, входящих в состав общего имущества в таком доме.

Следует обратить внимание на то, что собственники помещений в многоквартирном доме как законные владельцы земельного участка, на котором расположен данный дом и который необходим для его эксплуатации, в силу статьи 305 ГК РФ имеют право требовать устранения всяких нарушений их прав, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения, а также право на защиту своего владения, в том числе против собственника земельного участка.

Из этого можно сделать следующий вывод, что право собственности на земельный участок у собственников помещений в многоквартирном доме возникает автоматически: либо с принятием ЖК РФ. В том случае, если земельный участок был сформирован до введения в действие ЖК РФ, либо с момента проведения кадастрового учета участка (т.е. с момента внесения записи в государственный кадастр недвижимости). Осуществления каких-либо дополнительных действий для оформления права собственности не требуется.

¹Постановление Конституционного Суда РФ от 28 мая 2010г. № 12-П "По делу о проверке конституционности частей 2, 3 и 5 статьи 16 Федерального закона "О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации", частей 1 и 2 статьи 36 Жилищного кодекса Российской Федерации, пункта 3 статьи 3 и пункта 5 статьи 36 Земельного кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан Е.Ю. Дугенец, В.П. Минина и Е.А. Плеханова"

Вернёмся к тому, что предшествует возникновению права собственности:

ЗК РФ урегулировал порядок предоставления земельных участков для строительства(ст. 30 ЗК РФ). Предоставление земельных участков для строительства из земель (государственных и муниципальных) осуществляется с проведением работ по их формированию.¹

Предоставление земельных участков для строительства может осуществляться как в собственность (исключительно на торгах (конкурсах, аукционах)), так и в аренду. Департамент муниципального имущества и земельных отношений в соответствии со ст. 31, 34 ЗК РФ объявляет торги. С теми, кто побеждает на торгах, заключают договор аренды либо передают в собственность. Договор аренды подлежит регистрации в территориальном органе Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии.

Предоставление земельных участков осуществляется в следующем порядке: проведение работ по формированию земельного участка, определение разрешённого использования(ст. 37 Градостроительного кодекса), проведение торгов или продажа прав на заключение договора аренды без проведения торгов, подписание протокола о результатах торгов или подписание договора аренды.

После окончания строительства и сдачи ввода дома в эксплуатацию, судьба земельного участка решается следующим образом: если земля была передана в собственность застройщику, то он подает заявления об отказе от права собственности на имя главы муниципального органа. Заместитель главы города рассматривает заявления и удовлетворяет требование заявителя, оформляет возникновение права муниципальной собственности в территориальном органе Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии. Если же с застройщиком был заключён договор аренды земельного участка, то по обоюдному согласию договор расторгается.

Действующим законодательством не предусмотрено срока, до наступления которого земельные участки, занятые многоквартирными домами, должны быть сформированы и поставлены на государственный кадастровый учёт.

В соответствии с постановлением Правительства РФ проведение землеустроительных и кадастровых работ в целях постановки земельных участков, занятых многоквартирными домами, на государственный кадастровый учёт осуществляется за счет средств бюджета города без взимания платы с собственников помещений в многоквартирном доме.²

ЗК РФ устанавливает иной порядок приобретения права собственности (ст. 36), а именно: порядок должен соответствовать общему

¹ Земельный кодекс РФ от 25 ноября 2001г. № 136-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

² Постановление Правительства РФ от 13 августа 2006 г. № 491. // СПС «Консультант Плюс».

порядку предоставления земельных участков в общую долевую собственность лиц — граждане и юридические лица совместно обращаются в исполнительный орган государственной власти или орган местного самоуправления с заявлением о приобретении прав на земельный участок с приложением кадастровой карты, и соответствующий орган должен принять решения о предоставлении земельного участка (в виде ненормативно-правового акта).¹

Позиция соблюдения общего порядка предоставления земельных участков, предусмотренного Земельным кодексом РФ, была поддержана в решениях ряда судов. ФАС Западно-Сибирского округа постановил: «...статья 16 Федерального закона „О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации“ содержит условия перехода земельного участка в общую долевую собственность, но не определяет порядок перехода земельного участка в общую долевую собственность. Для оформления земельно-правовых отношений по передаче земельного участка в общую долевую собственность необходимо издание соответствующего ненормативного акта уполномоченного органа...»²

Следует отметить, что Высший Арбитражный Суд РФ косвенно подтвердил данную позицию, оставив в силе решения судов, которые указали, что доказательства прекращения в установленном законом порядке права публичной собственности на землю отсутствуют и поэтому право общей долевой собственности на земельный участок в силу закона у ответчика не возникло.³

Органы власти придерживаются позиции, закреплённой в ЗК РФ. А именно: собственникам жилья необходимо провести общее собрание собственников помещений и выбрать уполномоченное лицо, которое должно обратиться в территориальный орган Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии с пакетом документов. А затем в этот орган с заявлением о приобретении прав на земельный участок в индивидуальном порядке должны обращаться собственники помещений.

В нашем городе практика по реализации ст. 16 ФЗ «О введении в действие ЖК Российской Федерации» сложилась таким образом, что департамент муниципального имущества и земельных отношений сам является инициатором по формированию земельных участков, а также по проведению общего собрания собственников помещений на основании распоряжения Администрации города.

¹ Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. N 136-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

² Постановлении от 22.03.2007 по делу N Ф04-1251/2007 (32286-а27-9) // СПС «Консультант Плюс».

³ Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ: Определение от 19 октября 2007 г. N 10248/07 // СПС «Консультант Плюс».

Полагаем, что действующим законодательством в полной мере не урегулированы эти отношения. Хотя склоняемся к тому, что при решении данного вопроса необходимо использовать нормы жилищного кодекса.

Данная позиция основана на следующем: согласно п. 2 ст. 36 ЗК РФ в существующей застройке земельные участки, на которых находятся сооружения, входящие в состав общего имущества многоквартирного дома, жилые здания и иные строения, предоставляются в качестве общего имущества в общую долевую собственность домовладельцев в порядке и на условиях, которые установлены жилищным законодательством. Следовательно, Земельный кодекс РФ в данном случае предоставил приоритет именно жилищному законодательству. Поэтому нет необходимости соблюдения общего порядка предоставления земельных участков, предусмотренного ЗК РФ.

ПРАВО НАСЛЕДОВАНИЯ КАК ФАКТОР БЕССРОЧНОСТИ СУЩЕСТВОВАНИЯ ПРАВА ЧАСТНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Фахрутдинов Максим Васильевич,
аспирант кафедры конституционного и муниципального права
Сибирской академии государственной службы

Научный руководитель:
Дорожинская Елена Анатольевна,
к.ю.н., зав. кафедрой гражданского права и процесса
Сибирской академии государственной службы

Наследование представляет всемирно-историческое явление, глубоко коренящееся в природе самого человечества. Несмотря на различие взглядов в его понимании, все сходятся к тому, что наследование составляет необходимую принадлежность общественного развития. В исторической мысли подходы к определению наследования были различны. С одной стороны, оно представлялось как некое происхождение из естественного закона (разума), властвующее над преемственностью поколений, то есть не связанное с человеческим установлением и произволом. Иначе воспринимает природу наследования последовательный индивидуализм, где человек представлялся оторванным от всего окружающего, а значит, находился вне связи с поколениями. Поэтому и наследование понимается представителями этого подхода как искусственный элемент, который устанавливается политическими и гражданскими законами, предотвращающими колебания и беспорядки по вопросу определения судьбы имущества после смерти собственника. Следовательно, как практическая полезность, так и умозрительная теория говорят за утверждение наследования, а не за его отрицание.

Верными представляются взгляды на наследование как на институт, имеющий субъективную (обеспечение исполнения воли умершего) и объективную (учет значения семейного союза) основу. Таким образом, объявляется эклектизм наследования, то есть разложение односторонних форм наследования, однозначно доказывається необходимость их восполнения посредством сочетания с противоположным началом. Во-первых, исполнение воли умершего должно защищаться с формально-юридической точки зрения, так как обыкновенное возражение о том, что воля человека не имеет силу после его смерти, опровергается положением, что пространство и время имеют второстепенное значение, то есть не составляют первичной причины возникновения и прекращения права. Следовательно, смерть человека не уничтожает выраженной воли человека. Во-вторых, наследование включает нравственный компонент, предопределяющийся значением семейного союза. Поэтому личный интерес должен частично отступить перед действием социальных целей.

Становление института наследования, близкого к современному понимаю, началось при имущественном и социальном расслоении общества, утверждении частной собственности на средства производства, появлении особых институтов, ограждающих существующий порядок от вредных посягательств. Необходимо указать, что возникновение наследования как способа упорядочивания общественных отношений основывается на санкционировании государством правовых начал наследования, которые детерминированы историческими нуждами общественно-экономического характера¹. Исследование института наследования в основном начинается с обращения к работе Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства», где автор показал, что качественное преобразование первобытного общества (общественное разделение труда, рост производительных сил) послужило основанием возникновения права наследования. По мере перехода от присваивающего хозяйства к производящему, когда производительность труда привела к появлению излишков, «избыточный продукт создавал возможность накопления у отдельных семей <...> орудий труда, запасов товаров, а позже, и обособленных участков земли. Так появилась частная собственность»². Вполне обосновано, что в момент, когда человек имеет имущество, неизбежно возникает вопрос, а кому же оно достанется после смерти.

Социалисты отвергают право наследования, в котором они видят причину неравенства и препятствие к человеческому развитию. Методологической предпосылкой изучения права наследования для них

¹ См.: Никольский В. Об основных моментах наследования. М.: Унив. тип. (Катков и Ко), 1871. С. 130-133.

² См.: Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства // К. Маркс, Ф. Энгельс Сочинения. Т. 21. М.: Политиздат, 1961. С. 57-61.

выступает изучение реальных экономических отношений, которые определяют сущность, содержание и границы указанного института. «...Правовые отношения, - писал Маркс, - так же точно, как и формы государства, не могут быть поняты ни из самих себя, ни из так называемого общего развития человеческого духа: наоборот, они коренятся в материальных жизненных отношениях»¹. Ф. Энгельс также четко подчеркнул марксистский подход к проблеме соотношения права и экономики: «Каждая ступень экономического развития народа или эпохи образует основу, из которой развиваются государственные учреждения, правовые воззрения, искусство и даже религиозные представления данных людей и из которых они поэтому должны быть объяснены, а не наоборот, как это делалось до сих пор»². Из этого следует, что сущность, содержание и границы права наследования определяются не субъективными причинами, а объективными экономическими условиями жизни общества и прежде всего характером сложившихся отношений собственности в нем. Действительно, институт наследования взаимодействует с институтом права частной собственности, сообщая ему «конечный смысл» и его преемственность, а также определяет рамки, в которых собственник вправе совершать предсмертное распоряжение имуществом. Производная связь права наследования и права собственности отмечается почти всеми правовыми и экономическими школами (течениями). К. Маркс определял сущность наследования следующим образом: «Право наследования имеет социальное значение лишь постольку, поскольку оно оставляет за наследником то право, которым покойный обладал при жизни, а именно право при помощи своей собственности присваивать продукты чужого труда<...> Как и все гражданское право, вообще, законы о наследовании являются не причиной, а следствием, юридическим выводом из существующей экономической организации общества, которая основана на частной собственности на средства производства, то есть на землю, сырье, машины и пр.»³. Из этих слов К. Маркса следует, что не отмена права наследования может стать причиной уничтожения права частной собственности, а наоборот, лишь уничтожение права частной собственности приведет к отмене буржуазного права наследования. Однако в научной литературе отмечает, что и изменение правил наследования способно повлиять на порядок собственности в обществе. Думается, что собственность и наследование являются взаимозависимыми, обуславливающими друг друга явлениями, значит, преобразование

¹ См.: Маркс К. К критике политической экономии // К. Маркс, Ф. Энгельс Сочинения. Т.13. М.: Политиздат, 1959. С. 6.

² См.: Маркс К. К критике политической экономии // К. Маркс, Ф. Энгельс Сочинения. Т.13. М.: Политиздат, 1959. С. 350-351.

³ См.: Маркс К. Доклад Генерального совета о праве наследования // К. Маркс, Ф. Энгельс Сочинения. Т. 16. М.: Политиздат, 1960. С. 383.

экономической системы возможно в результате изменения каждого из этих элементов.

Следовательно, в развитии права наследования определяющую роль играет институт права собственности, отражающий социально-экономические параметры общества. Помимо этого, наследование неразрывно связано с правом частной собственности. Поэтому решающую роль в эволюции имущественных отношений сыграл переход от общинной к частной форме собственности. Изначально наследование составляет один из важнейших производных способов приобретения права частной собственности. В научной литературе отмечается, что наследование – это проявление, одна из сторон собственности, ее производная¹. Непосредственная связь, существующая между правом наследования и правом собственности, свидетельствует об объективной зависимости правового регулирования наследования от допускаемых видов собственности в общественно-экономической системе.

В Советской России признавалось, что в отличие от буржуазного наследственного права, социалистическое связано с «новым экономическим явлением, возникшим лишь в социалистическом обществе – правом личной собственности»², имеет совершенно иные цели и задачи: содействие укреплению личной собственности граждан и способствование укреплению общественной собственности. Так, С.Н. Братусь рассматривал право наследования как зависимое и производное от права собственности, разделяющее историческую судьбу собственности: «возможность передачи собственности по наследству создает материальные стимулы труда и выполняет обеспечительную роль в интересах родных и близких наследодателя»³. Думается, что выделение признака потребительской направленности личной собственности, с научной точки зрения, не позволяет сделать вывод об особенностях данной формы собственности, отличной от частной. По сути, личная собственность является частной собственностью, только сопряженной с рядом ограничений в отношении объектного состава. Поэтому Д. Рене справедливо отметил, что «личная собственность регламентируется такими же правилами, что и частная собственность в буржуазном праве»⁴.

Производность права наследования от права собственности констатирует В.П. Грибанов. Правовед обосновывает назначение права наследования тремя моментами: во-первых, производным характером права наследования от права личной собственности граждан, вследствие чего право это приобретает исключительно потребительское назначение;

¹ См.: Амфитеатров Г.Н., Солодилов А.П. Право наследования в СССР. М.: Юриздат, 1946. С. 14.

² См.: Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: Статут, 2003. С. 42.

³ См.: Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. М.: Госюриздат, 1963. С. 96.

⁴ См.: Рене Д. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1988. С. 247.

во-вторых, дополнительным характером наследования как средства материального обеспечения, направленного на удовлетворение потребностей граждан; в-третьих, неразрывной связью наследования с семейными отношениями¹.

Не подлежит сомнению, что именно право наследования является «могучим рычагом производства, важным источником национального благосостояния и культуры»². Если ограничить возможность распределять имущество после смерти в соответствии с чувствами собственника, то он сравнительно рано вступит в этап потребления. Это обусловлено природой поведения человека в процессе осуществления экономической деятельности. Главным здесь выступает предположение (презумпция) экономистов о существовании человека экономического (*Homo economicus*), поведение которого является рациональным и эгоистическим³. Рациональность означает, что человек всегда следует цели максимизации прибыли, а эгоизм – что человек всегда следует только своим интересам. В свою очередь альтруизм рассматривается как способность, присущая лишь отдельным индивидуальным личностям, а не широким массам. Игнорирование экономической природы поведения человека составляет основную ошибку учений, настаивающих на отмене наследования. Упразднение наследования обратит собственный интерес в грубый эгоизм (оппортунизм), который не только не укладывается в рамки права, но и носит разрушительный характер для общества, так как уничтожает всякие альтруистические побуждения. Констатируя включенность права в экономическую деятельность, важно заметить, что право как внешний ограничитель рационального и эгоистического поведения должно учитывать природу поведения человека и предполагать решения, которые соответствовали бы этой природе. Противоположность указанному влечет действие лиц не в соответствии со своими предпочтениями, что представляет результат внеэкономического принуждения и экономического волюнтаризма. Таким образом, при наличии права наследования человеком руководит интерес, который отвечает природе его поведения. Максимум пользы собственности достигается только в связи с правом наследования, то есть данное право – естественное дополнение системы частного обладания имуществом, и «оно корениться в глубочайших свойствах человеческого духа»⁴.

Таким образом, наследование имеет свои специфические закономерности, характеризующие его возникновение, эволюционное развитие и функционирование. Развитие права наследования находится в

¹ См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. М.: Статут, 2001. С. 104.

² См.: Пергамент М.Я. Пределы наследования в гражданском праве // Вестник права. 1906. Кн. III. С. 8.

³ См.: Экономика: учебник / под ред. А.И. Архипова, А.Н. Нестеренко, А.К. Большакова. М.: Проспект, 1998. С. 22-31.

⁴ См.: Чичерин Б. Собственность и государство. Ч. 1. М.: Тип. Мартынова, 1882. С. 225.

зависимости от фундаментальных экономических отношений. Наследование призвано сохранять правопорядок, построенный на основе существования права частной (личной) собственности. Право наследования обеспечивает устойчивость и преемственность сложившихся отношений собственности в общественно-экономической системе. Частная собственность, не подкрепленная наследованием, превращается «максимум» в пожизненное владение (пользование), то есть имущество будет принадлежать отдельному лицу самое большее на срок его жизни и не дольше. Отмена права наследования должна рассматриваться как способ уничтожения частной собственности, а подобная практика государственного управления признаваться методом внеэкономического принуждения, экономического волюнтаризма. Определяющую роль в понимании наследования играет то положение, что право наследования выступает не только как правовое средство, обозначающее «чистый» трансферт права собственности на случай смерти, но и институт, направленный на материальное обеспечение членов семьи наследодателя. Данную функцию право наследования сохранит до тех пор, пока общество не сможет полностью принять на себя эту обеспечительную функцию.

СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ БРАЧНОГО ДОГОВОРА

Черных Дарья Андреевна,
студентка 1 курса отделения магистратуры
Института истории и права
Хакасского государственного университета
им. Н.Ф. Катанова

Научный руководитель:
Никитин Алексей Николаевич
д.ю.н., д.и.н., доцент кафедры
гражданского права и процесса
Хакасского государственного университета
им. Н.Ф. Катанова

Договорный режим имущества супругов регулируется главой VIII СК РФ, нормы которой являются новыми для российского семейного законодательства. Правовое регулирование брачного договора в России является весьма скудным. По этой причине в теории и практике возникает множество вопросов, связанных прежде всего с заключением брачного договора. Так, в СК РФ до сих пор не решен однозначно вопрос о субъектах, которые могут заключить брачный договор. В ст. 40 СК РФ брачный договор определяется как соглашение лиц, вступающих в брак,

или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения.

Из анализа норм гл. 8 СК РФ можно сделать вывод, что субъектами, заключающими брачный договор, могут быть либо супруги (лица, зарегистрировавшие брак в установленном законом порядке), либо лица, вступающие в брак, а субъектами правоотношений, возникающих на основании брачного договора, могут быть супруги или бывшие супруги. На практике возникает вопрос: кого следует понимать под лицами, вступающими в брак? В литературе высказываются различные мнения. Ряд ученых полагают, что вступающими в брак являются лица, подавшие заявление о регистрации брака в органы загса и что при заключении брачного договора они должны представить нотариусу справку органа загса, подтверждающую подачу заявления о заключении брака.¹ Обосновывается данная позиция различными аргументами. Так, Н.Е. Сосипатрова утверждает, что, "исходя из смысла норм гл. 3 СК РФ, вступающими в брак можно считать лиц после подачи ими заявления в органы загса, поскольку лишь имеющие такое намерение, но не подавшие соответствующего заявления (не достигшие 18-летнего возраста) определяются в ст. 13 СК РФ как желающие вступить в брак".² Недостаточная обоснованность подобного мнения следует уже из самой аргументации, приводимой Н.Е. Сосипатровой. Как правильно отмечает Л.Б. Максимович, "распространение термина "лица, желающие вступить в брак" лишь на категорию потенциальных несовершеннолетних супругов вызвано прежде всего необходимостью отграничения их от всех потенциальных совершеннолетних супругов - "лиц, вступающих в брак".³ Несовершеннолетние, намеревающиеся вступить в брак, могут это сделать лишь после вынесения органами местного самоуправления решения о снижении им брачного возраста. А потому до решения этого вопроса они не могут рассматриваться как лица, вступающие в брак.

Семейный кодекс РФ не содержит положений, устанавливающих требование об обязательной подаче заявления о государственной регистрации брака до заключения брачного договора. Кроме того, ст. 41 СК РФ, предусматривая, что брачный договор может быть заключен и до регистрации брака, не устанавливает срок, в течение которого после заключения брачного договора должен быть зарегистрирован брак. Поэтому более обоснованной является иная точка зрения, согласно которой подача заявления о регистрации брака не является обязательным условием заключения брачного договора.⁴ Представляется, что лицами,

¹ Сосипатрова Н.Е. Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. 1999. №3. С. 56-60.

² Сосипатрова Н.Е. Указ. соч.

³ Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 44.

⁴ Семейное право: учебник / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 107 – 108; Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 44 - 45.

вступающими в брак, по смыслу ст. 40 СК РФ являются любые лица, намеревающиеся заключить брак и отвечающие требованиям, установленным законодательством.

Поскольку субъектами правоотношений, возникающих на основании брачного договора, могут быть супруги или бывшие супруги, то способность к заключению брачного договора, как правильно отмечает Н.Ф. Звенигородская, следует связывать со способностью к вступлению в брак.¹ Прежде всего заключить брачный договор могут лишь лица разного пола, поскольку однополые браки в России не легализованы, при отсутствии препятствий для вступления в брак, установленных ст. 14 СК РФ: наличие другого зарегистрированного брака; близкое родство или отношения усыновления между лицами, вступающими в брак; недееспособность, признанная в судебном порядке.

Для заключения брачного договора лицо должно обладать дееспособностью и достичь брачного возраста. Однако и в теории, и в практике возникает вопрос о возможности заключения брачного договора лицами, которые получили разрешение на снижение брачного возраста, уже вступили в брак до достижения 18 лет либо эмансипированы. Представляется, что в отношении несовершеннолетних, уже состоящих в браке, вопрос должен быть решен однозначно - они уже являются супругами, обладают полной дееспособностью и в связи с этим могут беспрепятственно урегулировать свои отношения.

Вопрос о неземансипированных несовершеннолетних решается в литературе неоднозначно. Согласно первой позиции несовершеннолетний может заключить брачный договор самостоятельно после вынесения решения о снижении ему брачного возраста.² Согласно второй позиции неземансипированные несовершеннолетние, еще не вступившие в брак, вообще не могут заключать брачные договоры.³ В связи с этим небезынтересно узнать, как регулируется данный вопрос в зарубежном законодательстве. Так, в Германии брачный договор может заключаться только супругами, т.е. лицами, уже состоящими в браке (ст. 1408).⁴ Поэтому вопрос о возможности заключения брачного договора несовершеннолетними, не вступившими в брак, отпадает. В определенных случаях брачный возраст может быть снижен судом до 16 лет. После заключения брака несовершеннолетние могут заключить брачный договор с согласия своих законных представителей.

¹Звенигородская Н.Ф. Проблема дееспособности в характеристике субъектного состава брачного договора // Бюллетень нотариальной практики. 2007. № 2. С. 21.

² Антокольская М.В. Лекции по семейному праву: учеб. пособ. М.: Юрист, 1996. С. 119.

³ Звенигородская Н.Ф. Указ. соч.; Гонгало Б.М., Крашенинников П.В. Брачный договор. М.: Статут, 2004. С. 58.

⁴ Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражд. уложению / под ред. А.Л. Маковский [и др.]. М.: Волтерс Клувер, 2004.

Во Франции брачный возраст составляет 15 лет для женщин и 18 лет - для мужчин. В особых случаях брачный возраст может быть снижен. При этом совершеннолетие наступает только по достижении 18 лет, в связи с чем на вступление в брак до достижения 18 лет требуется согласие родителей. Возможность заключения брачного договора определяется способностью к вступлению в брак: ст. 1398 устанавливает, что "несовершеннолетний, способный заключить брак, может вступать в любые соглашения, вытекающие из брака<...> лишь бы на их совершение было дано разрешение лицами, согласие которых является необходимым для действительности брака"¹, а именно - с согласия родителей, поскольку согласно ст. 1395 ФГК брачный договор может заключаться лишь до вступления в брак.

По вопросу о возможности заключения брачного договора ограниченно дееспособными лицами можно выделить две основные позиции. Согласно первой из них ограниченно дееспособное лицо также не может заключить такой договор, но уже по другим причинам: ограниченно дееспособные могут самостоятельно заключать только мелкие бытовые сделки, а брачный договор к таковым не относится. Кроме того, это может негативно сказаться на охране прав ограниченно дееспособного, поскольку способности этого гражданина к самостоятельному участию в гражданском обороте существенно подорваны его пагубным пристрастием к спиртным напиткам и наркотическим веществам.²

Иную позицию занимают М.В. Антокольская и Л.М. Пчелинцева, которые считают, что ограниченно дееспособный гражданин может заключить брачный договор с согласия попечителя.³ Представляется, что последнее мнение является более обоснованным по следующим причинам: брачный договор является гражданско-правовой сделкой, в свою очередь, ограниченно дееспособный гражданин может совершать любые гражданско-правовые сделки, не запрещенные законом, но с согласия попечителя. Кроме того, ограниченно дееспособный может вступать в брак и соответственно рассматриваться как лицо, вступающее в брак, либо лицо, уже состоящее в браке. Таким образом, и вопрос о возможности заключения таким лицом брачного договора должен решаться, исходя из общих норм об объеме дееспособности данного лица.

В законодательстве Германии и Франции отсутствует понятие "ограниченно дееспособные лица", тождественное понятию, закрепленному в российском законодательстве. Вопрос о возможности заключения брачного договора недееспособными гражданами решается по-разному. Так, по законодательству Германии брачный договор может

¹ Французский Гражданский кодекс /под ред. Д.Г. Лаврова; пер. с франц. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковой. СПб., 2004.

² Гражданское право: учебник. Т. 3 / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. С. 302.

³ Антокольская М.В. Семейное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2003. С. 156 - 157; Пчелинцева Л.М. Семейное право России: учебник для вузов. М., 1999. С. 203 - 204.

быть заключен законным представителем недееспособного супруга, причем если таковым является опекун или попечитель, то необходимо получение согласия суда по делам опеки.

Согласно французскому Гражданскому кодексу совершеннолетний, находящийся под опекой или попечительством, может заключить брачный договор с согласия лиц, предусмотренных законодательством. Если над совершеннолетним установлена опека, то необходимо согласие его родителей либо, при отсутствии такового, согласие семейного совета. Если установлено попечительство, то необходимо получить согласие попечителя, а при отсутствии согласия - судьи по делам опеки.

СК РФ ничего не говорит и о возможности заключения брачного договора по доверенности. По этому вопросу сложились две противоположные точки зрения. Согласно первой из них брачный договор не может быть заключен по доверенности, так как он тесно связан с личностью его участников.¹

Сторонники второй позиции, наоборот, считают, что вполне возможно заключение брачного договора по доверенности.² Представляется, что последняя точка зрения является более обоснованной, однако в таком случае в доверенности должны быть указаны все существенные условия брачного договора.

Таким образом, исходя из всего вышесказанного, можно заключить, что брачный договор как нельзя лучше свидетельствует о наличии пробелов в семейном законодательстве Российской Федерации по вопросам регулирования договорных отношений супругов. Вопросы, касающиеся субъектного состава брачного договора, а именно: кто именно может заключать брачный договор, возможно ли его заключение несовершеннолетними и ограниченно дееспособными и т.д. - остаются открытыми и требуют дальнейшего изучения.

¹ Толстикова О.М. Правовая природа брачного договора в российском праве. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 104.

² Семейное право: учебник для вузов / под ред. С.Н. Бондова. М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право, 2002. С. 149 - 150.

ПОСЛЕДСТВИЯ ПРИЗНАНИЯ СДЕЛКИ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОЙ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

Ширяев Артем Александрович,
студент 3 курса юридического факультета
Омского государственного университета
им. Ф.М.Достоевского

Научный руководитель:
Темникова Наталья Александровна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Омского государственного университета
им. Ф.М.Достоевского.

В настоящее время споры о признании сделок недействительными по различным основаниям приобрели массовый характер в силу того, что ныне существующее законодательство не способно в полной мере защитить добросовестного приобретателя, обеспечить стабильность гражданского оборота, а порой и учесть фундаментальный принцип гражданского права – диспозитивность.

Отдельное внимание следует уделить дискуссии, развернувшейся вокруг реституции как общего последствия признания сделки недействительной, поскольку ряд авторов подвергает сомнению, возможность и обоснованность существования этого института

Так, например, по мнению Д.О.Тузова, «реституция владения по своей природе есть не что иное, как разновидность виндикации, частный случай ее применения»¹.

Однако это утверждение нельзя признать состоятельным, поскольку данные институты отличаются как по природе (реституция характеризуется обязательственной природой, в то время как виндикация – вещной), так и по ряду других причин. Так, виндикационный иск всегда предъявляется собственником (титულным владельцем), в то время как иск о признании сделки недействительной может быть предъявлен беститульным владельцем, а также любым заинтересованным лицом.

Кроме того, в подтверждение данной позиции высказывались К.И. Скловский и Ю.В. Ширвис. По их мнению, реституция исключает виндикацию. Если собственник вправе вернуть себе владение вещным иском, то механизм реституции вообще не приводится в действие. «В самом деле, зачем прибегать к реституции, предусматривающей встречный возврат имущества, если иск собственника к незаконному владельцу, когда

¹ Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. -№ 3. С. 124.

для этого есть основания, позволяет забрать имущество без всякой компенсации?»¹.

Защита фактического владения недостаточна, незавершена, что подтверждает Постановление Конституционного Суда РФ от 21.04.2003 N 6-П, а так же противоречивая судебная практика. Последствия недействительности сделок не укладываются в нормы, которые специально рассчитаны на них, они более разнообразны, а потому нередко возникает необходимость определять эти последствия с учетом норм, входящих в состав других институтов, в том числе деликтных и кондикционных обязательств.

Институт реституции нуждается не в критике, а в развитии, доработке, поскольку успешное его применение будет способствовать стабильности гражданского оборота, а также развитию рыночных отношений.

Действующий Гражданский кодекс в ч.2 ст. 167 предусматривает такое общее последствие признания сделки недействительной, как двусторонняя реституция (восстановление положения, существовавшего до нарушения права), которая предполагает, что каждая из сторон передает другой все полученное по сделке в натуре, а если это невозможно - в виде денежной компенсации.

Обратимся к механизму реституции.

Сделка может быть признана недействительной в силу признания ее таковой судом. Определенные недостатки действующего законодательства прослеживаются уже здесь, в части круга субъектов, поскольку требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки может быть предъявлено не только ее сторонами, но и любым заинтересованным лицом, а также судом по собственной инициативе.

Гражданский кодекс не раскрывает понятия «любого заинтересованного лица», что, с одной стороны, можно считать обоснованным, поскольку наполнить содержанием данное понятие суд может только при рассмотрении конкретного дела, однако, с другой стороны, эта неточность дает слишком широкий простор судам в части толкования данной нормы, что будет способствовать неоднородному применению законодательства, а также противоречить принципу недопустимости произвольного вмешательства в частные дела.

Так, например, строительная компания «Эльгида» обратилась в суд с иском к консультационной фирме ООО «Консультационная фирма «Ад хок» и эксплуатационному предприятию ФГУЭП «Эфес» о признании недействительным составленного консультационной фирмой отчета об оценке рыночной стоимости прав аренды помещений. Названный акт был

¹ Скловский К., Ширвис Ю. Последствия недействительной сделки // Закон. 2000. № 6. С. 113.

составлен по инициативе эксплуатационного предприятия перед продажей гостиничного комплекса истцу.

В процессе рассмотрения данного дела истец не смог доказать в суде, в чем именно заключается нарушение его прав соответственно, суд прекратил производство по требованию о признании недостоверной оценки прав аренды, установив за ней рекомендательный характер¹.

Если обратиться к ГПК РФ, то согласно п.п.4 п. 2 ст. 131 в исковом заявлении должно быть указано, в чем заключается нарушение или угроза нарушения прав, свобод или законных интересов истца.

Исходя из этого, под «любим заинтересованным лицом», имеющим право на предъявление в суд требования о признании сделки недействительной, следует понимать лицо, чьи права и законные интересы нарушены или могут быть нарушены вследствие совершения недействительной сделки. Только такое лицо может предъявлять в суд иск о признании сделки недействительной и применении соответствующих последствий.

Кроме того, согласно пункту 2 статьи 166 ГК РФ последствия недействительности ничтожной сделки суд вправе применить по собственной инициативе. Такое право суд может реализовать как в процессе рассмотрения дела о признании сделки недействительной, так и в процессе рассмотрения любого другого дела, когда ответчик или иной участник процесса в качестве возражения заявляет о ничтожности сделки, на которой основаны требования истца.

Представляется, что данное полномочие суда избыточно. Применение последствий недействительности сделки является субъективным правом, принадлежащим лицам, права и законные интересы которых защищаются путем реализации этого права в рамках принципа диспозитивности. Участники гражданских правоотношений свободны в осуществлении своих прав. Поэтому по общему правилу суд не должен иметь права применять последствия ничтожной сделки по собственной инициативе (при отсутствии соответствующего иска заинтересованного лица), за исключением случаев, когда применение последствий недействительности ничтожной сделки необходимо для защиты публичных интересов, а лица, имеющие право на такой иск, уклоняются от его предъявления. Например, в случаях взыскания в доход Российской Федерации всего полученного сторонами по сделке (по основаниям, предусмотренным законом), а также при применении двусторонней реституции, в результате которой государству возвращается незаконно приватизированное имущество при уклонении уполномоченных государственных органов от предъявления соответствующего иска.

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2005г. № 3497/05// СПС «Консультант Плюс».

Таким образом, формулировку ч. 2 ст. 166 ГК РФ следует представить в следующем виде:

Требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки может быть предъявлено лицом, чьи права и законные интересы нарушены или могут быть нарушены вследствие совершения недействительной сделки.

Суд вправе применить такие последствия по собственной инициативе только в случаях защиты публичных интересов, если лица, имеющие право на иск, уклоняются от его предъявления.

Теперь обратимся непосредственно к правовым последствиям.

Как уже упоминалось выше, ст. 167 в качестве общего последствия признает двустороннюю реституцию, однако данное положение не ставится в зависимость от добросовестности сторон недействительной сделки: стороны должны вернуть друг другу все полученное по сделке независимо от того, действовали ли они при совершении недействительной сделки добросовестно.

В связи с неоднородным применением ч. 2 ст. 167 ГК РФ в целях защиты добросовестного приобретателя Конституционный Суд РФ был вынужден разъяснить конституционно-правовое значение рассматриваемой нормы в постановлении от 21 апреля 2003 г. № 6-П. В частности, КС РФ указал, что права лица, считающего себя собственником имущества, не подлежат защите путем удовлетворения иска к добросовестному приобретателю с использованием правового механизма, установленного п.п. 1 и 2 ст. 167 ГК РФ. Такая защита возможна лишь путем удовлетворения виндикационного иска, если для этого имеются предусмотренные ст. 302 ГК РФ основания, которые дают право истребовать имущество и у добросовестного приобретателя (безвозмездность приобретения имущества добросовестным приобретателем, выбытие имущества из владения собственника помимо его воли и др.)¹.

Конституционный Суд сопоставляет право добросовестного приобретателя с правом на вещь. В то же время из Постановления определенно следует, что это право не рассматривается им в качестве права собственности, ибо добросовестные приобретатели отнесены к числу "других, помимо собственника, лиц", имеющих "имущественные права на спорную вещь". Таким образом неясно, какими именно имущественными правами обладает добросовестный приобретатель, каково их содержание и формы реализации.²

Несмотря на данные разъяснения, Конституционный суд оставил добросовестного приобретателя в неопределенном состоянии, не наделяя

¹ Постановление Конституционного Суда от 21 апреля 2003 г. № 6-П. // СПС «Консультант Плюс».

² Тузов Д.О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М.: Статут, 2007. С. 265.

его правом собственности и предоставляя собственнику право руководствоваться положениями ст. 302 ГК РФ. Остается непонятным, зачем собственнику это ничем, по сути, не подкрепленное право собственности, а добросовестному приобретателю - шаткое право владения на ближайшие 5 или 15 лет для наступления приобретательной давности.

Думается, что Конституционный Суд, как и законодатель, не решается предоставить соответствующие правомочия собственнику или добросовестному приобретателю, чтобы не допустить перевеса прав в пользу одной из сторон и не нарушить принцип равенства участников гражданских правоотношений.

Однако такая нерешительность не идет на пользу гражданскому обороту и хотя и допускает некоторые противоречия в части вынесенных судами решений, но все же идет по пути защиты добросовестного приобретателя.

Примером может послужить следующее дело:

Фонд имущества Приморского края продал 2000 акций акционерного общества открытого типа "Дальрыба", созданного в порядке приватизации, товариществу с ограниченной ответственностью "Компромисс". Данная сделка была признана недействительной решением арбитражного суда в связи с тем, что ТОО "Компромисс" в соответствии с законодательством о приватизации не могло выступать покупателем по такой сделке. Суд обязал стороны возратить друг другу все полученное ими по сделке, но решение в этой части не могло быть исполнено, так как ТОО "Компромисс" уже продало 1500 акций АООТ "Дальрыба", а 500 - физическим лицам.

Тогда фонд имущества обратился в арбитражный суд с иском к АООТ "Дальрыба" и ТОО "Компромисс" о применении последствий недействительности ничтожной сделки купли-продажи 1500 акций, выпущенных АООТ "Дальрыба".

В Постановлении по данному делу Президиум ВАС РФ указал следующее: "...Для удовлетворения иска Фонда имущества Приморского края об истребовании у АООТ "Дальрыба" акций... в порядке применения последствий недействительности ничтожной сделки нет правовых оснований.¹

Кроме того, вышеупомянутую статью следует дополнить правилом о возложении на недобросовестную сторону недействительной сделки ответственности в виде возмещения другой стороне сделки в полном объеме убытков, связанных с недействительностью сделки, в том числе и упущенной выгоды. Необходимым условием будет являться то, что ответственность возлагается как в случаях, когда сторона знала об

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 25 нояб. 1997 г. N 2848/97 // Вестник ВАС РФ. 1998. № 3. С. 34.

основании недействительности, так и в случаях, когда она о них не знала и не должна была знать, однако основание недействительности вызвано обстоятельствами, за которые данная сторона отвечает или несет риск их наступления. Исключения из этого правила, касающиеся возможности ограничить размер ответственности недобросовестной стороны лишь реальным ущербом, могут быть установлены только законом. При этом законом не должно допускаться полное освобождение недобросовестной стороны недействительной сделки от ответственности в виде возмещения убытков.

С учетом этого содержание ч.2 ст. 167 ГК РФ можно представить следующим образом:

При недействительности сделки каждая из сторон обязана возвратить другой все полученное по сделке, а в случае невозможности возвратить полученное в натуре (в том числе тогда, когда полученное выражается в пользовании имуществом, выполненной работе или предоставленной услуге, а также в случае последующего отчуждения имущества добросовестному приобретателю) возместить его стоимость в деньгах в случае, если иные последствия недействительности сделки не предусмотрены законом.

Сторона, признанная судом недобросовестной, возмещает другой стороне помимо реального ущерба упущенную выгоду.

Таким образом, внесение изменений в общие положения о последствиях признания сделки недействительной даст мощнейший толчок развитию института реституции как самостоятельного способа защиты гражданских прав, устранил существующие противоречия правоприменительной практики, поспособствует развитию гражданского оборота.

Однако данными изменениями не следует ограничиваться. Необходимо подвергнуть тщательному анализу каждое основание признания сделки недействительной. Оценить его целесообразность, внимательно рассмотреть существующую судебную практику в части применения последствий в каждом конкретном деле, сделать соответствующие выводы и внести изменения в законодательство таким образом, чтобы избежать двоякого толкования норм судами, а также защитить добросовестного приобретателя и применить соответствующие санкции к стороне, действующей умышленно.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ КОРПОРАТИВНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Якоби Герман Сергеевич,
студент 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Богданов Вячеслав Петрович,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В последнее время в теории все чаще ставится вопрос о выделении корпоративных правоотношений в предмете гражданского права. Об актуальности данного вопроса свидетельствует внесение в Проект изменения Гражданского Кодекса положений, закрепляющих корпоративные правоотношения. Дискуссионность ситуации заключается в том, что в теории нет единого мнения о природе корпоративных правоотношений, точки зрения ученых разнятся, что порождает проблемы в практике, а поскольку теория и практика неразрывно связаны, ответы на вопросы практического характера стоит искать в юридической теории. Это все говорит об актуальности и дискуссионности вопроса природы корпоративных правоотношений.

Например, гражданин А. решил стать акционером открытого акционерного общества. Часть акций он еще не оплатил и в соответствии со статьей 96 Гражданского Кодекса несет солидарную ответственность по обязательствам акционерного общества в пределах неоплаченной части стоимости принадлежащих ему акций. Можно ли считать момент возникновения обязанности гражданина оплатить оставшуюся часть акций моментом возникновения корпоративных правоотношений? В данном случае возникает проблема определения природы правоотношений, от решения которой зависит правовое регулирование. Если считать обязанность участника акционерного общества обязательственными правоотношениями, то весь объем прав и обязанностей гражданина А. будет выражаться в обязанности оплатить оставшиеся акции в установленные сроки. Однако можно определить возникающие правоотношения как корпоративные, тогда ситуация изменяется, поскольку изменяется объем прав и обязанностей гражданина А. в отношении акционерного общества. Поэтому в данной ситуации вопрос определения природы правоотношений имеет первостепенное значение.

В другой ситуации, связанной с выходом из общества с ограниченной ответственностью, гражданин Б., размер доли в уставном

капитале которого составляет 30 %, решает выйти из общества и согласно ст.26 ФЗ “об обществах с ограниченной ответственностью” никак не ограничен в своем праве. Если участник подает заявление о выходе из общества, то он считается выбывшим автоматически, независимо от принятия решения общим собранием о выводе его из общества, а также независимо от внесения изменений в устав общества.¹ Таким образом, лицо автоматически прекращает участие в обществе. Однако общее собрание общества ввиду обязательства участника перед обществом отказало в выходе лицу. Гражданин Б. оспорил данное решение в суд. В промежутке между подачей иска гражданином Б. и решением суда состоялось очередное собрание общества, на котором гражданин Б. не присутствовал, считая, что больше не является участником общества. Неявка гражданина Б. повлекла за собой невозможность принятия решения по вопросам, требующим единогласного решения.² Вопрос заключается в следующем: можно ли считать правоотношения между обществом и гражданином Б. после решения собрания об отказе в выходе из общества корпоративными? Возникающая проблема и здесь связана с определением природы правоотношений. Неправильное определение может привести к отрицательным последствиям для участника или общества в целом как в указанном примере, именно поэтому чрезвычайно важно отделять корпоративные правоотношения от других видов правоотношений. В указанном примере следует сказать, что при отнесении правоотношений гражданина Б. с обществом к корпоративным право участника на управление корпорацией становится одновременно обязанностью, следовательно, нам нужно определиться, что понимается под корпоративными правоотношениями, чтобы сделать вывод о правовой природе названных правоотношений.

Стоит отметить, что не все ученые поддерживают позицию выделения корпоративных правоотношений. Так, О.Н. Садиков и А.П. Сергеев делят отношения только на имущественные и неимущественные.³⁴ Е.А. Суханов, наоборот, считает нужным выделять в предмете гражданского права корпоративные правоотношения. Согласно его позиции под корпоративными правоотношениями стоит понимать отношения по управлению частным имуществом корпораций (компаний), основанных на началах самоуправления и строго фиксированного членства участников.⁵ Таким образом, мы можем выделить три критерия, которым должно соответствовать любое корпоративное правоотношение:

- отношения по управлению частным имуществом корпораций,

¹ Орлова А. И. Выход и исключение участников из ООО // Арбитражная практика. 2007. №3.

² См. дело № А40-139259/10 Арбитражного суда г.Москвы // СПС «Консультант Плюс».

³ Гражданское право. Т.3: учебник / под ред. А.П., Сергеева. М.: РГ Пресс, 2011.

⁴ Садиков О. Н.Гражданское право России. Общая часть: курс лекций. М.: Юристъ, 2001.

⁵ Суханов Е.А. Гражданское право. М.: Волтерс Клувер, 2004. С.40.

- отношения, основанные на началах самоуправления,
- отношения между конкретными участниками, между участниками и обществом (отношения членства и участия)¹.

Следовательно, отвечая на вопрос отнесения правоотношений к корпоративным, мы должны учитывать эти три критерия. Однако представляется, что самым главным признаком корпоративных правоотношений являются отношения членства и участия, под которыми в дальнейшем будет пониматься устойчивая связь между конкретными участниками, а также между участниками и обществом, возникающая по поводу управления в корпорации. Поэтому в ситуации с гражданином А. ключевым будет являться то условие, что гражданин А. уже является участником акционерного общества, а поскольку федеральный закон не разграничивает участников, не оплативших свои акции и уже сделавших это, то следует признать возникающие отношения корпоративными, потому что помимо комплекса обязательственных отношений у гражданина А. возникают личные неимущественные права, тесно связанные с его личностью как участника общества (например, право на получение информации о деятельности общества), поэтому иное определение правовой природы правоотношений видится ошибочным и не отражающим полной картины действительности. В случае с гражданином Б. представляется возможным создание юридической фикции, согласно которой корпоративные правоотношения продолжают существовать, независимо от фактического выхода из общества и прекращения членства в обществе, потому что право участника на управление одновременно и его обязанность, так как уклонение от управления корпорацией несет в себе риск наступления негативных последствий для участника или общества в целом, как в приведенном примере. Поэтому представляется возможным до решения суда отношения гражданина Б. с обществом считать корпоративными, независимо от волеизъявления гражданина Б.

Таким образом, мы можем сказать, что определение природы правоотношений имеет принципиальное значение для гражданского права, потому что от этого зависит правовое регулирование сложившихся отношений между участвующими субъектами.

¹ Суханов Е.А. Гражданское право. М.: Волтерс Клувер, 2004. С.40.

ВЗЫСКАНИЕ РАСХОДОВ НА СОДЕРЖАНИЕ ОБЩЕГО ИМУЩЕСТВА МНОГОКВАРТИРНОГО ДОМА: ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ

Абрамов Максим Петрович,
студент 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Клык Надежда Леонидовна,
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого,
предпринимательского и финансового права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Бремя содержания своего имущества (статья 210 ГК РФ), равно как и бремя расходов на содержание общего имущества в многоквартирном доме (статья 39 ЖК РФ), возложено на собственников всех помещений в многоквартирном доме так же, как и на лиц, обладающих помещениями и на ином вещном праве.

На практике возникает множество вопросов о том, с кого взыскивать расходы на содержание общего имущества многоквартирного дома, когда между лицами, владеющими и пользующимися помещениями разного правового и целевого назначения на вещных и обязательственных правах, установлены разнородные правовые отношения.

Рассмотрим взыскание расходов с лиц, пользующихся помещениями на праве оперативного управления и хозяйственного ведения, а также на основании договоров аренды и социального найма.

Право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение в силу пункта 1 статьи 131 ГК РФ подлежат государственной регистрации в едином государственном реестре органами, осуществляющими государственную регистрацию прав на недвижимость и сделок с ней.¹ Регистрации подлежат: право собственности, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека, сервитуты, а также иные права в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом и иными законами.²

¹ Крашенинников П.В. Жилищное право. 7-е издание, переработанное и дополненное. М.: Статут, 2010.

² Постановление ФАС Центрального округа от 20.02.2010 N Ф10-5821/09 по делу N А14-473/2009/32/15// СПС «Консультант плюс».

Арбитражные суды вышестоящих инстанций в судебных актах указывают, что взыскание расходов возможно только с момента государственной регистрации соответствующего вещного права, так как согласно статье 8 Гражданского кодекса Российской Федерации гражданские права и обязанности возникают из оснований, указанных в данной статье. Пунктом 2 указанной статьи предусмотрено, что права на имущество, подлежащее государственной регистрации, возникают с момента регистрации соответствующих прав на него, если иное не установлено законом. Вещным правом наряду с правом собственности является право оперативного управления имуществом.

В соответствии со статьей 299 ГК РФ приобретение права оперативного управления имуществом возникает с момента передачи имущества, если иное не установлено законом.

Следовательно, требования о взыскании расходов по коммунальным и иным платежам подлежат удовлетворению лишь с момента регистрации права оперативного управления на указанное имущество.¹

Арбитражные суды в судебных актах указывают, что в случаях, когда нежилые помещения в многоквартирном жилом доме закреплены за ответчиком на праве оперативного управления, у ответчика в силу закона имеется обязанность по несению расходов по содержанию переданного ему в оперативное управление имущества,² а также обязанность нести соразмерно его доле расходы по содержанию общего имущества в многоквартирном жилом доме, так как ответчик является титульным владельцем (обладает на праве оперативного управления) нежилыми помещениями в многоквартирном доме³ и именно он осуществляет права владения, пользования и распоряжения этим имуществом.

По смыслу раздела II ГК РФ бремя содержания имущества (в том числе общего имущества здания) должен нести не только собственник, но и юридические лица, которым помещение в жилом многоквартирном доме принадлежит на ином вещном праве (хозяйственное ведение или оперативное управление).⁴ В соответствии со ст. 210 Гражданского кодекса Российской Федерации ответчик несет бремя по содержанию принадлежащего ему на праве хозяйственного ведения имущества.⁵

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 24.03.2010 по делу N А12-15369/2009 //СПС «Консультант плюс».

² Постановление ФАС Уральского округа от 08.10.2009 N Ф09-7709/09-С5 по делу N А76-3724/2009-22-242 //СПС «Консультант плюс».

³ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 26.05.2010 по делу N А33-15263/2009; Постановление ФАС Поволжского округа от 29.06.2010 по делу N А72-8612/2009; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.06.2009 по делу N А56-17830/2008); Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 15.11.2010 по делу N А33-6365/2010 //СПС «Консультант плюс».

⁴ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 27.09.2010 по делу N А70-4471/2010 //СПС «Консультант плюс».

⁵ Постановление ФАС Московского округа от 10.07.2008 N КГ-А40/5215-08 по делу N А40-31734/07-82-323. //СПС «Консультант плюс».

Плата за содержание и ремонт взыскивается именно с собственника помещения (лица, за которым имущество закреплено на праве хозяйственного ведения) за фактически оказанные услуги вне зависимости от наличия или отсутствия заключенного договора между сторонами.¹

В случае представления помещения по договору социального найма, бремя содержания расходов общего имущества многоквартирного дома возложено на нанимателей по договору, что подтверждается судебной практикой.

В соответствии со ст. ст. 67, 153 ЖК РФ обязанность по внесению платы за жилое помещение и коммунальные услуги возникает у нанимателя жилого помещения по договору социального найма, суд кассационной инстанции признал правильным вывод суда нижестоящей инстанции об отсутствии оснований для возложения на наймодателя муниципальных жилых помещений обязанности по возмещению задолженности нанимателей по оплате содержания жилого помещения, текущего ремонта и коммунальных услуг. При этом суд указал, что в силу п. 3 ст. 153 ЖК РФ органы государственной власти и органы местного самоуправления или уполномоченные ими лица несут расходы на содержание жилых помещений и коммунальные услуги только до заселения жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов, а по смыслу ч. 4 ст. 155 ЖК РФ обязанность наймодателя по внесению управляющей компании платы могла иметь место в случае установления в договоре управления платежей, не установленных в договоре социального найма.²

Исходя из того, что нормами Гражданского кодекса Российской Федерации, Жилищного кодекса Российской Федерации, не предусмотрено обязанности собственника муниципального жилищного фонда возмещать управляющей компании задолженность нанимателей жилых помещений по оплате жилых помещений и коммунальных услуг, арбитражные суды правомерно отказывают в исках.³

Однако практика взыскания расходов на содержание общего имущества не однозначна, суды указывают, что неисполнение нанимателями обязанности по внесению платы за жилые помещения и коммунальные услуги не освобождало собственника данных помещений от исполнения обязанностей перед товариществом и не может служить

¹ Постановление Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2010 по делу N А12-378/2010, от 21.05.2010 по делу N А06-6093/2009, N А06-5979/2009 // СПС «Консультант плюс».

² Определение ВАС РФ от 29.06.2010 N ВАС-7801/10 по делу N А12-13089/2009// СПС «Консультант плюс».

³ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 05.08.2010 по делу N А45-25783/2009// СПС «Гарант».

препятствием для реализации права последнего на получение соответствующих платежей.¹

В отношении многоквартирных домов, закрепленных за муниципальными учреждениями., на праве оперативного управления, учреждения осуществляют правомочия владения в отношении незаселенных квартир в этих домах и в силу п. 3 ст. 153 ЖК РФ и п. 1 ст. 296 ГК РФ несут обязанность по их содержанию до предоставления жилых помещений, находящихся в этих домах, по договору социального найма. При этом, по мнению судов, в соответствии с п. 2 ст. 120 ГК РФ собственник имущества (федеральный орган исполнительной власти) несет субсидиарную ответственность по обязательствам учреждения только при недостаточности у учреждения находящихся в его распоряжении денежных средств.²

Учитывая изложенное, возможно сформулировать закономерность, санкционированную судебной практикой в отношении взыскания расходов на содержание общего имущества многоквартирного дома при предоставлении помещений по договору социального найма:

- органы местного самоуправления несут расходы на содержание жилых помещений и коммунальные услуги до заселения жилых помещений муниципального жилищного фонда, а с момента заселения обязанность по несению таких расходов возлагается на нанимателя либо арендатора жилого помещения,³ обязанность наймодателя возмещать управляющей компании убытки, причиненные неисполнением нанимателями своих обязательств по оплате за содержание и ремонт жилого помещения и потребленных коммунальных услуг, отсутствует. Обязанным лицом по оплате коммунальных услуг является наниматель.⁴

Обязанность наймодателя по выплате, указанной в части 4 статьи 155 Жилищного кодекса Российской Федерации, может иметь место только в случае установления в договоре управления платежей, не установленных в договоре социального найма.

Задолженность нанимателя по внесению платы за жилое помещение и коммунальные услуги наймодатель не обязан погашать в силу части 3 статьи 67 Жилищного кодекса Российской Федерации, согласно которой обязанность своевременного внесения платы за жилое помещение и

¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.05.2010 по делу N А56-36692/2009// СПС «Гарант».

² Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2009 по делу N А56-8434/2009. // СПС «Консультант плюс».

³ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 19.06.2009 N Ф03-2077/2009 по делу N А37-963/2008. Определением ВАС РФ от 15.09.2009 N 12619/09 принято к производству заявление о пересмотре в порядке надзора данного постановления, решения от 03.12.2008, постановления от 10.02.2009 по делу N А37-963/2008-13 Арбитражного суда Магаданской области, возбуждено надзорное производство. // СПС «Консультант плюс».

⁴ Постановление ФАС Уральского округа от 23.07.2008 N Ф09-5330/08-С5 по делу N А60-27185/2007-С4// СПС «Консультант плюс».

коммунальные услуги лежит на нанимателе по договору социального найма.¹

Распределение и взыскание расходов, когда собственники жилых помещений отказываются возмещать расходы на содержание общего имущества многоквартирного дома, указывая на то, что не являются его членами управляющей компании, и ссылаясь на несостояние с последней в договорных отношениях по содержанию общего имущества многоквартирного дома.

Суды, в своих решениях ссылаются, в частности, на положения ст. ст. 158, 39, ч. 6 ст. 155 ЖК РФ, указывают, что собственники нежилых помещений, не являющиеся членами товарищества собственников жилья, обязаны оплачивать расходы на содержание и ремонт общего имущества в многоквартирном доме. Отказ части собственников помещений от вступления в члены товарищества либо от заключения договора с товариществом не освобождает их от участия в несении расходов на содержание и ремонт общего имущества. Отсутствие договора не означает в данном случае отсутствие правоотношений по оказанию возмездных услуг, поскольку собственник помещения пользуется услугами товарищества в силу расположения находящихся в его собственности помещений в многоквартирном доме.²

На арендатора помещений в многоквартирном доме условиями договора не могут быть возложены расходы по содержанию, ремонту и эксплуатации общего имущества в данном доме.³ Однако в судебной практике существует и иной подход, согласно которому на арендатора условиями договора могут быть возложены расходы по содержанию, ремонту и эксплуатации общего имущества в данном доме.⁴

В заключение следует отметить, что возложение обязанности по компенсации расходов на содержание общего имущества возможно, когда нежилое помещение является конструктивной частью здания и его собственник пользуется общим имуществом, необходимым для эксплуатации здания в целом.

¹ Определение ВАС РФ от 26.11.2008 N 14858/08 по делу N А60-27185/2007-С4// СПС «Консультант плюс».

² Постановление ФАС Поволжского округа от 27.04.2010 по делу N А12-19371/2009, от 01.09.2009 по делу N А57-22902/2008// СПС «Консультант плюс».

³ Постановление ФАС Поволжского округа от 17.12.2009 по делу N А57-1146/2009// СПС «Консультант плюс».

⁴ Постановление ФАС Уральского округа от 04.02.2010 N Ф09-83/10-С5 по делу N А71-2394/2009-Г29// СПС «Консультант плюс».

ПРОБЛЕМЫ ОПТИМИЗАЦИИ РЫНКА ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ

Кориков Иван Игоревич,
студент 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Клык Надежда Леонидовна,
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого,
предпринимательского и финансового права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Место юридических образований в системе предпринимательской деятельности в странах с рыночной экономикой очень велико: наряду с банками, биржами и страховыми фондами юридические формирования являются одним из приводных ремней того механизма, который мы называем рынком.¹ К сожалению, к России данное утверждение пока что относится не в полной мере. Российский рынок юридических услуг еще молод и проблематичен. Основными его проблемами являются:

1) Неоднородность.

Бурное развитие юридических образований в последнее время привело к возникновению регулируемого и нерегулируемого сегментов профессионального поля деятельности. К регулируемому сегодня относятся адвокатское сообщество, нерегулируемую часть составляют многочисленные частнопрактикующие юристы.² Данная ситуация негативно отражается на рынке юридических услуг в целом. С одной стороны, мы имеем жестко подчиненную закону адвокатуру, а с другой стороны - существуют не контролируемые в плане качества оказания услуг, применяемых методов частные юридические фирмы. Как следствие рынок становится разрозненным, отсутствуют единые правила игры, а участники этого рынка между собой фактически не взаимодействуют.

В результате уже сейчас возникает опасность экспансии рынка иностранными юридическими фирмами: по статистическим данным прирост сотрудников международных иностранных фирм, работающих в России, увеличился за последние три года на 30%.³ Самые крупные проекты ведут иностранные юристы. Так, к примеру, делами Газпрома

¹ Барщевский М.Ю. Бизнес-адвокатура с США и Германии: учеб. пособ. М.: Белые альвы, 1995. С. 3.

² Рудомино В. Профессиональные объединения юристов: Возможные формы и их роль в России и за рубежом.// Юридический бизнес в России: по материалам третьего юридического форума в Москве, 12 апреля 2007 г. М.: Альпина Бизнес Букс, 2008. С. 19.

³ Martin E Dial Moscow for money. The European Lawyer. 2006. December. P. 29-36.

занимаются немецкие юристы¹, а Министерство финансов за 2006 года израсходовало на иностранных юридических консультантов 72 миллиона долларов бюджетных средств.²

2) Контроль над отечественным рынком юридических услуг со стороны государства.

Государство пока что не выработало цивилизованных методов регулирования данного сегмента рынка. В России сейчас активно обсуждается идея объединения всех юристов под эгидой адвокатуры, но такое решение представляется весьма неоднозначным, как в техническом плане процесса получения всеми статуса адвоката, так и в перспективе создания адвокатской монополии.

В настоящий момент нам следует обратить внимание на страны, где созданы большие национальные юридические фирмы (Англия, США, Испания). Во всех этих странах существует четкий, законодательно закрепленный допуск к профессии и ее контроль. Если обобщать западную практику, то существует два основных пути;

- Лицензирование, путем получения различных официальных допусков через сетку экзаменов и наличие отлаженной системы получения юридического образования. (США)
- Создание СРО, включающей в себя всех юристов. С единой целью создания и четкими задачами (Великобритания).

Вопрос регулирования профессиональной юридической деятельности неоднозначен и сложен, поэтому решения должны быть четко продуманными. По какому пути в итоге пойдет Россия, сказать сейчас трудно.

Для начала предполагаемых изменений необходимым представляется решение следующих проблем:

- Повышение уровня качества юридического образования, ибо качество современного высшего образования в целом и юридического, в частности, является одной из проблем, от решения которой зависит будущее страны.³

- Формирование у обучающихся юристов способности многогранно и творчески действовать и разностороннее и многопланово воспринимать и оценивать свою деятельность, прогнозировать воздействие своего труда на внешние структуры во всем их многообразии и взаимосвязи.⁴

- Снятие ограничений с адвокатов на занятие предпринимательской деятельностью, регламентирование возможности объединения в

¹ Афанасьев Д. Новые русские юристы –кто они ? // Юридический бизнес в России: по материалам третьего юридического форума в Москве, 12 апреля 2007 года. М.: Альпина Бизнес Букс, 2008. С. 15

² Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. 2006. № 4(100). С. 10-11.

³ Кирилов А.А. О Подготовке юристов для современной экономики // Законодательство и экономика. 2009. № 6(302). С.17.

⁴ Лузгин И.И. О некоторых современных аспектах модернизации высшего образования в обучении студентов юридической специальности.// Юридическое образование и наука. 2009. №2. С.25.

адвокатские фирмы, развитие маркетинговых, клиентских служб и PR в юридических фирмах. Изменение юридического бизнеса путем поощрения конкуренции и внедрения инновационных решений подтолкнет юридическое сообщество к более чуткому реагированию на запросы клиентов.¹

- Развитие общественных организаций по типу Ассоциации юристов России, позволяющих сплотить юридическое сообщество, сохранить и преумножить научный, профессиональный потенциал юридического сообщества.

- Научное изучение и детальная конкретизация вопроса оказания юридических услуг. Юридические услуги - это новый вид услуг, который нашел широкое распространение в российском обществе. В рамках ст. 779 ГК РФ и главы 39 ГК РФ в целом уже нельзя включать новые виды услуг, в том числе и юридические услуги. Законодателю необходимо детально закрепить в ГК РФ особый вид договора «Возмездное оказание юридических услуг».

РОЛЬ ДОГОВОРА В ТОРГОВОМ ОБОРОТЕ

Кудинова Ольга Евгеньевна,
студентка 4 курса юридического факультета
Юридического института
Сибирского Федерального Университета

Научный руководитель:
Егорова Лариса Юрьевна,
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого,
предпринимательского и финансового права
Юридического института
Сибирского Федерального Университета

Сложно найти юридический термин, более употребительный, чем «договор». Однако частое его употребление вовсе не говорит о полном понимании этого явления.

В частном праве можно выделить 2 различных объекта: 1) договор как правовой институт, т.е. совокупность правовых норм, регламентирующих заключение, определение содержания, исполнение договорных обязательств и пр.; 2) договор как правовое средство регулирования деятельности его участников².

¹ Трунов И.Л. Проблемы юридического бизнеса в России // Представительная власть. 2009. № 7(94). С.15.

² Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2008. С. 200.

Они могут применяться как во взаимосвязи, так и безотносительно друг к другу. При этом важно понимать соотношение законодательства о договоре и договора как правового средства.

Нормы договорных институтов очерчивают лишь приблизительные контуры правовой связи договорных контрагентов, определяют ограниченную часть условий договоров. Сами субъекты призваны по своей инициативе и усмотрению, а не во исполнение законодательных установлений, предусматривать количественные и качественные характеристики предмета обязательства, выработать конкретные правила осуществления взаимосвязанной деятельности по достижению цели договора. Договорные отношения не тождественны соответствующим договорным институтам, не совпадают с ними по объёмам правового регулирования и своим целям.

Позитивистская теория, которая была разработана в нашей стране Шершеневичем Г.Ф., Капустиным М.Н., Редкиным П.Г., Гамбаровым Ю.С.¹ и др. во второй половине 19 – начале 20 вв., продолженная Вышинским А.Я. в советский период и сохранившаяся и в настоящее время,² неспособна выразить и объяснить сущность договора как регулятора экономических и социальных связей. Поэтому не случайно многие цивилисты стараются вырваться в понимании договора из рамок правовых институтов, объяснить его как сделку, правоотношение и т.п.

Но всё же общая позитивистская ориентация цивилистики утвердила подход к договору как к нормативной конструкции, стороны которой обязаны руководствоваться в своих действиях нормами законодательства, образующими соответствующий договорный институт. Но в этом случае остается почти не исследованной техника выработки субъектами взаимных прав и обязанностей, определяющих целевое и предметно-направленное взаимодействие между ними, приемы и методы для реализации договорной свободы.

Позитивистской трактовке договора как института права должно быть противопоставлено, (не отрицая при этом существование договорных институтов), понимание договора как правового средства регулирования жизни общества, внесения необходимой организованности в предпринимательскую и иную деятельность.

Что касается норм договорного законодательства, то они реализуются лишь во взаимодействии с договором³. Ведь в основе договора лежит волевое усмотрение и интересы сторон (а не положения договорных институтов, подлежащих исполнению).

¹ Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. М., 2003. С. 10.

² Так М.Н. Марченко в своём курсе Общая теория государства и права 1998 года под правом понимает «нормативную форму упорядочения и стабилизации общественных отношений, охраняемую государственным принуждением».

³ Шундилов К.В. Инструментальный анализ правовой жизни: современность и перспективы // Методология юридической науки: состояние, проблемы, перспективы. Вып. 1.: сборник. М., 2006. С. 114.

Договор лишь упорядочивает взаимосвязанные действия контрагентов. Это упорядочение достигается путём формулирования условий договора в виде взаимных прав и обязанностей и последующего их исполнения. И это в итоге содействует реальному достижению участниками соглашений желаемых целей, ведёт к рационализации действий, сокращению затрат и усилий. При этом свобода договора должна пониматься как особый правовой режим, гарантирующий реальное использование договора как самостоятельного правового средства.

Но сущность договора не может быть раскрыта в системе представлений и понятий юридического позитивизма. Договор является деятельностным образованием: он создается действиями участников и реализуется в их последующей деятельности. А позитивизм создает картину застывших норм. Если мы понимаем под правом совокупность норм, то это означает, что возникает проблема изучения непосредственной реализации этих норм¹.

Понятно, что право не может существовать без юридических источников, содержащих общеобязательные установления (законов, иных НПА и др.), но это не может сводиться к этим источникам. При этом их реализацию не следует рассматривать как обособленный процесс, протекающий отдельно от существования норм. Также и сами нормы права не должны восприниматься изолированно от процесса их реализации, в качестве совокупности текстов, ожидающих свершения соответствующих юридических фактов для своего воплощения в жизнь. Поэтому юридическую науку должны интересовать не правовые нормы сами по себе, а нормы в их практическом осуществлении, т.е. деятельность по поводу норм. Такая деятельность и представляет собой живое, действующее право².

Практическая сила и ценность права проявляется в фактическом совершении правовых установлений. Деятельность по реализации законоположений должна пониматься как способ существования правовой действительности. Существование права предполагает переход правовых установлений в реальные правовые действия, фактическое их воплощение в практической жизни людей.

Однако рассмотрение права как деятельности требует разработки целостной теории. Это сложно и долго. Но это дало бы возможность совершить поворот в понимании и изучении права в сторону социологической теории.

Для социологической школы право – это фактически складывающаяся практика, конкретное осуществление правовых положений и принципов в обществе. Только при деятельностном рассмотрении права возможен учет «внешних» воздействий,

¹ Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2008. С. 204.

² Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2008. С. 205.

общественных факторов, на охвате которых настаивает социологическая доктрина. Не противоречит оно и взглядам ценностной школы права с ее различными течениями¹.

Особенно важно то, что деятельностное понимание права позволяет без затруднений встроить в него договор, существующий как деятельностный объект.

Особенно это важно для сферы коммерческого права, которое требует быстрого развития торговых отношений, а не застывших в актах норм права. ГК связывает стороны и способы заключения договора (направление оферты и её акцепт по ст.432 ГК).

В отношении формы торговых договоров применяется общее правило: договоры между юридическими лицами заключаются в простой письменной форме. Наряду с этим имеется специальная норма — это п. 2 ст. 159 ГК РФ, согласно которой если сделка целиком исполняется в момент совершения, то достаточно устной формы договора. Т.е. если организация покупает бумагу, ручки или иное имущество стоимостью до 100 тыс. руб. и оплачивает их стоимостью наличными деньгами, то письменного оформления таких сделок не требуется².

Но почти все торговые договоры рассчитаны на последующее исполнение отдельных условий, например на безналичный порядок расчетов, который всегда отдален во времени, либо на отгрузку товара к будущему сроку. Поэтому для торговых сделок обычно необходима простая письменная форма.

Несоблюдение простой письменной формы не влечет недействительности договора. Отрицательным последствием нарушения формы согласно ст. 162 ГК РФ служит лишь недопустимость ссылок на свидетельские показания в случае возникновения спора. Невозможность сослаться на свидетелей не лишает права сослаться на документы. Однако получить документы, подтверждающие содержание условий устного договора, нередко оказывается затруднительным. Поэтому споры по устным договорам обычно приходится рассматривать как вытекающие из недоговорных обязательств, регулируемых гл. 60 ГК РФ о неосновательном приобретении имущества.

Лишь по трем видам договоров ГК РФ предусматривает недействительность сделки в случае несоблюдения простой письменной формы. Таковы все внешнеторговые сделки (ст. 162), договоры страхования (ст. 940) и коммерческой концессии (франшизы) (ст. 1028). Необходимо учитывать, что требования к форме касаются не только заключения, но также изменения и расторжения договоров.

¹ Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М.: ЗЕРЦАЛО-М, 2008. С. 207.

² п. 1 Указания ЦБ РФ от 20.06.2007. №1843-У «О предельном размере расчетов наличными деньгами и расходовании наличных денег, поступивших в кассу юридического лица или кассу индивидуального предпринимателя» // Вестник Банка России. 2007. №39.

Закон не требует заключения договоров на специальных бланках, не требует скрепления подписей печатями. Сами стороны в договоре могут предусмотреть использование специальных бланков и скрепление подписей печатями. Несоблюдение этих условий также не влечет недействительности договора (если только сами стороны не связали с их соблюдением вступление договора в силу) и лишь делает недопустимыми ссылки на свидетельские показания. Однако поскольку в этих случаях существует договор как письменный документ, разрешение споров облегчается.

Требование об обязательном письменном оформлении, конечно же, замедляет процесс установления договорных отношений. В западной практике широко распространен такой способ заключения договора, как принятие продавцом к исполнению заказа покупателя. Покупатель направляет продавцу письменный заказ на товары, и от продавца не требуется подтверждения установления договорных отношений. Прежде Положения о поставках продукции и товаров предусматривали подобный способ заключения договора¹; в таком порядке в стране заключались миллионы договоров. В новом ГК РФ названный способ не нашел закрепления. Это тормозит осуществление торговых операций, замедляет торговый оборот.

Исключение в данном отношении составляют договоры хранения и страхования. Согласно ст. 887 ГК РФ простая письменная форма считается соблюденной в случае выдачи хранителем поклажедателю сохранной расписки, свидетельства или иного документа, подписанного хранителем. В силу ст. 940 ГК РФ выданный страховщиком страховой полис и даже квитанция, подписанная страховщиком, признаются заключенным договором.

Статья 438 ГК РФ предусматривает особый случай признания договорных отношений установленными: когда продавец, получивший предложение о заключении договора, вместо ответа отгрузит покупателю заказанный им товар. Требуется лишь, чтобы товар был отгружен полностью или частично в срок, установленный для ответа на предложение покупателя. Данное правило призвано урегулировать казусные ситуации и не может рассматриваться как самостоятельный способ заключения договоров.

А в торговом праве часто отношения возникают не только после заключения договора в понимании ГК, но и по другим обстоятельствам. Например, срок договора уже истек. Но между контрагентами сложились доверительные и долгие отношения. Они просто устно продолжают этот договор. Поставил – оплатил. Это удобно и нормально для практики зарубежных стран. Это способствует развитию товарооборота.

¹ Например, "Положение о поставках продукции производственно-технического назначения" (утв. Постановлением СМ СССР от 25 июля 1988 г. N 888).

Но для РФ такая форма работы неприемлема по следующим причинам: сторонам трудно признавать договор заключенным, а впоследствии им сложно защитить свои права, они не могут применить налоговые вычеты. По этим и другим причинам субъекты коммерческой деятельности вынуждены тратить время на ведение переговоров и заключение договоров.

Согласно проекту изменения в ГК РФ будет введена новая самостоятельная договорная конструкция – рамочный договор.

Рамочным договором (договором с открытыми условиями) будет признаваться договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами при заключении отдельных договоров на основании или во исполнение рамочного договора.

Такой договор не порождает обязательство заключить договор в будущем (что типично для предварительного договора), а представляет собой договор, который уже заключен, но условия которого подлежат применению и детализации в будущем (договор с "открытыми", то есть подлежащими согласованию в будущем условиями).

Также планируется ввести опционный договор, по которому одна сторона посредством безотзывной оферты предоставляет другой стороне за плату или иное встречное предоставление безусловное право заключить договор на условиях, предусмотренных опционом. Этот опционный договор должен содержать существенные условия договора, а платеж по нему, по общему правилу, не должен засчитываться в счет платежей по договору, заключаемому на основании безотзывной оферты, и не подлежит возврату в случае, когда не будет акцепта.

Ещё одним нововведением по проекту должно быть положение, касающееся недействительности договора. А именно: сторона, принявшая от контрагента исполнение по договору и в то же время не исполнившая своего обязательства (полностью или частично), не вправе требовать признания договора недействительным. Это очень важное правило помогло бы избежать злоупотреблений и обеспечило бы стабильность торгового оборота.

Ведь, несмотря на принятые меры, договор еще не занял надлежащего места в регулировании российской экономики. А недопонимание и искажение сущности договора лишает общество возможности в полной мере использовать его огромный потенциал.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРЕДПИСАНИЯ О ПЕРЕЧИСЛЕНИИ В ФЕДЕРАЛЬНЫЙ БЮДЖЕТ ДОХОДА, ПОЛУЧЕННОГО ВСЛЕДСТВИЕ НАРУШЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Сидельников Максим Александрович,
аспирант кафедры конституционного и муниципального права
Сибирской академии государственной службы.

Научный руководитель:
Дорожинская Елена Анатольевна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой гражданского права и процесса
Сибирской академии государственной службы

Предписание федерального антимонопольного органа относится к традиционным средствам обеспечения соблюдения запретов, изложенных в антимонопольном законодательстве. Впервые возможность применения этого средства воздействия на нарушителей антимонопольных запретов появилась у отечественных органов исполнительной власти с вступлением в силу Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (абз. 2 и 3 ст. 12). Впоследствии возможность выдачи предписаний была предусмотрена абзацем 2 статьи 23 Федерального закона от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг». Таким образом, с марта 1991 г. предписание становится и остается до сих пор одним из основных инструментов осуществления конкурентной политики¹.

В настоящее время Федеральная антимонопольная служба России в соответствии с пунктами 2 и 3 части 1 статьи 23 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» имеет право выдавать обязательные для исполнения предписания хозяйствующим субъектам, органам исполнительной власти и местного самоуправления, государственным внебюджетным фондам, их должностным лицам. Всего в рассматриваемой норме говорится о 17 видах предписаний, 13 из которых антимонопольный орган может выдавать только хозяйствующим субъектам (п. 2 ч. 1 ст. 23 ФЗ «О защите конкуренции»). Их содержанием являются как действия, так и бездействие. Предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, относится к предписаниям,

¹ Количество исполненных предписаний о прекращении нарушения антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе, выданных центральным аппаратом и территориальными органами Федеральной антимонопольной службы РФ за первое полугодие 2008 г. составило 1758, за первое полугодие 2009 г. – 2799, за первое полугодие 2010 г. – 4472 [Электронный ресурс] // http://www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30020.html.

адресованным хозяйствующим субъектам и описывающим их активные действия¹.

Относительно определения правовой природы предписаний антимонопольных органов существуют различные подходы.

В статье 4 Федерального закона «О защите конкуренции», содержащей обширный понятийный аппарат отечественного антимонопольного законодательства, отсутствует определение понятия «предписание», хотя лингвистический анализ Закона показывает, что российский законодатель рассматривает предписание в качестве меры государственного принуждения, применяемой с целью пресечения совершенного правонарушения. В зарубежном конкурентном праве и судебной практике предписания антимонопольного органа также применяются с целью прекратить незаконную антиконкурентную практику².

На уровне правовой доктрины предписание антимонопольного органа, в первую очередь, квалифицируют как «меру административного пресечения или административно-восстановительную санкцию», характеристиками каковой являются: 1) оперативность; 2) сочетание непосредственного психического и физического воздействий; 3) реализация мер на основании специального юридического факта (состав правонарушения)³. Однако предписания антимонопольного органа не обладают этими свойствами либо полностью, либо частично. Так например, анализ положений статей 44, 45 Федерального закона «О защите конкуренции» позволяет сделать вывод, что процесс вынесения предписания может занять продолжительное время – вплоть до 12 месяцев. При таких обстоятельствах не приходится говорить об оперативном характере выносимого предписания. Точно так же не может быть речи и о физическом воздействии на правонарушителя. В свою очередь, психологическое принуждение выражается в том, что за неисполнение в срок законного предписания антимонопольного органа нарушители могут привлекаться к административной ответственности на основании статьи 19.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях⁴.

В отечественной гражданско-правовой доктрине предписания иногда квалифицируются как способы защиты гражданских прав в административном порядке⁵. Основаниями для такой позиции служат положения пункта 2 статьи 11 Гражданского кодекса РФ, допускающей

¹ См.: Тотьев К. Ю. Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России. 2010. № 8. С. 41.

² См.: Тотьев К. Ю. Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России. 2010. № 8. С. 41.

³ См.: Бахрах, Д. Н. Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право. М.: Норма, 2006. С. 516

⁴ См.: Тотьев К. Ю. Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России. 2010. № 8. С. 42.

⁵ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой / под ред. О. Н. Садикова. М.: ИНФРА-М, 2005. С. 40-41.

защиту гражданских прав в административном порядке в законодательно предусмотренных случаях, и пункта 2 части 1 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции», где обозначены средства, аналогичные традиционным гражданско-правовым способам защиты прав (например, восстановление первоначального положения, пресечение противоправных действий, изменение договора). Однако следует отметить, что поименованные в статье 12 ГК РФ меры защиты субъективных гражданских прав реализуются исключительно по инициативе самого обладателя такого права. Предписание же, напротив, может применяться антимонопольным органом не только по заявлению потерпевшего лица, но и по собственной инициативе. Так, в соответствии с частью 2 статьи 39 Федерального закона «О защите конкуренции» основанием для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства является не только заявление юридического или физического лица, но также: поступление из государственных органов, органов местного самоуправления материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства; обнаружение самим антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства; сообщение средства массовой информации; результат проверки. Более того, судебная арбитражная практика исходит из того, что даже при наличии заявлений от заинтересованных лиц антимонопольный орган не связан фактами, обозначенными в таком заявлении¹. Все изложенное свидетельствует о существенной специфике предписаний антимонопольного органа.

Такая неопределенность правовой природы предписания антимонопольного органа в полной мере относится и к предписанию о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства (пп. «к» п. 2 ч. 1 ст. 23 ФЗ «О защите конкуренции»). Впервые возможность выдавать хозяйствующим субъектам такие предписания появилась у антимонопольного органа в мае 1995 г. после вступления в силу изменений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», внесенных Федеральным законом от 25 мая 1995 г. № 83-ФЗ².

На высшем судебном уровне проблема правовой природы предписания антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода впервые получила решение в Постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с

¹ См.: п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998 г. № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 1998. № 5.

² См.: О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»: ФЗ от 25 мая 1995г. № 83-ФЗ // Российская газета. 1995. № 103.

применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». Согласно пункту 9 данного Постановления взыскание в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, является, наряду со штрафами, предусмотренными статьями 14.31-14.33 КоАП РФ, мерой публичной ответственности, а потому может быть применено только в том случае, если, исходя из допущенного нарушения, привлечение лица к административной ответственности невозможно.

Годом позже свою позицию по поводу правовой природы предписания высказал Конституционный Суд РФ в Постановлении от 24 июня 2009 г. № 11-П¹: данная мера по основаниям и процедуре применения, а также по своим правовым последствиям является специфической формой принудительного воздействия на участников охраняемых антимонопольным законодательством общественных отношений. Она призвана обеспечивать восстановление баланса публичных и частных интересов путем изъятия доходов, полученных хозяйствующим субъектом в результате злоупотреблений, и компенсировать не подлежащие исчислению расходы государства, связанные с устранением негативных социально-экономических последствий нарушения антимонопольного законодательства, что допускает ее применение параллельно с мерами ответственности, носящими штрафной характер. Таким образом, Конституционный Суд РФ настаивает на компенсационной природе предписания антимонопольного органа.

Традиционно считается, что типично компенсационный характер носит такой способ защиты гражданских прав, как возмещение убытков (ст. 12 и 15 ГК РФ). Компенсационный характер этой санкции обусловлен тем, что в результате ее применения потерпевшая сторона путем возмещения реального ущерба и упущенной выгоды возвращается в исходное положение, существовавшее до нарушения субъективного гражданского права. Исходя из этих признаков, невозможно провести даже приблизительную аналогию между предписанием антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода и гражданско-правовым возмещением убытков, ведь в случае с предписанием доход перечисляется не в пользу потерпевшей стороны, а в государственный бюджет².

Против компенсационного характера предписания антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода можно

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижекамскнефтехим» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 4.

² См.: Тотьев К. Ю. Предписание антимонопольного органа о перечислении незаконного дохода: правовая природа и функции // Законы России. 2010. № 8. С. 47.

выдвинуть еще один немаловажный аргумент. При расчете конкретного размера дохода нарушителя, подлежащего перечислению в бюджет, в административной и судебной практике учитываются не расходы антимонопольного органа, произведенные для устранения негативных социально-экономических последствий, а характер нарушения антимонопольного законодательства (например, доход, полученный в результате завышения цен на регулируемые виды деятельности)¹.

Специфичность основания и процедуры применения рассматриваемого вида предписаний, на которую в своем Постановлении указывает Конституционный Суд РФ, также вызывает сомнения. Основанием для применения данной меры является нарушение публичного порядка, выразившееся в нарушении запретов антимонопольного законодательства, что полностью совпадает с гипотезами статей 14.31-14.33 КоАП РФ. Процедура также является административной, что подчеркнул сам Конституционный Суд в своем Определении от 16 ноября 2000 г. № 237-О². Правовые последствия взыскания в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства, схожи с конфискационной санкцией (полученное в результате нарушения антимонопольного законодательства изымается в доход государства)³, Взыскание дохода, таким образом, по правовым последствиям для нарушителя не отличается от оборотных штрафов⁴.

Тем самым, Конституционный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ, анализируя одни и те же нормы, пришли к разным выводам. Однако, ни основание, ни процедура, ни даже последствия применения рассматриваемой меры не дают поводов для вывода, отличного от позиции Высшего Арбитражного Суда РФ⁵.

Представляется, что предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, должно рассматриваться в качестве меры ответственности, вполне сопоставимой с традиционными мерами административной ответственности.

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 1 октября 2008 г. по делу № А65-21709/07 [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2000 г. № 237-О «По запросу Арбитражного суда Костромской области о проверке конституционности положений абзаца третьего статьи 12 Закона Российской Федерации «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Султанов, А. Р. Впечатление от оглашения Постановления Конституционного Суда РФ № 11-П от 24.06.2009 [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс: [справочно-поисковая система].

⁴ См.: Султанов, А. Р. Постановление вынесено, вопросы остались... // Корпоративный юрист. 2009 № 12. С. 62.

⁵ В связи с принятием Постановления Конституционного Суда РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П из текста Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 был исключен пункт 9 – См. Постановление Пленума ВАС РФ от 14 октября 2010 г. № 52 «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2010. № 11.

СЕКЬЮРИТИЗАЦИЯ ЗАДОЛЖЕННОСТИ: ЗНАЧЕНИЕ В ОПТИМИЗАЦИИ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Хаврошина Юлия Сергеевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Клык Надежда Леонидовна,
к.ю.н., доцент кафедры коммерческого,
предпринимательского и финансового права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Секьюритизация как термин обязана своим появлением американскому термину «security», что в переводе означает «ценная бумага». В самом общем приближении секьюритизация представляет собой процесс превращения права требования в ценную бумагу (своего рода «оценнобумажное» права требования)¹.

В научной литературе явление секьюритизации рассматривается в нескольких аспектах.

В частности, секьюритизацию понимают как тенденцию², в общем виде заключающуюся в увеличении доли финансирования за счет выпуска ценных бумаг и инструментов на их основе по сравнению с кредитным финансированием, начиная с 80-х годов XX столетия. Так, по данным Организации экономического сотрудничества и развития в период с 1980 по 1986 годы объем финансирования с помощью банковского кредитования снизился с 80 до 52 млрд. долл. США, в то время как объем финансирования за счет выпуска ценных бумаг вырос с 39 до 239 млрд. долл. США.

Вместе с тем, чаще, упоминая секьюритизацию, имеют в виду непосредственно секьюритизацию активов как форму финансирования, сформировавшуюся в рамках общей тенденции к секьюритизации. Характерными чертами данной формы финансирования являются действительная продажа совокупности (пула) прав требования, а также эмиссия ценных бумаг, права по которым обеспечены проданной дебиторской задолженностью. При этом платежи, получаемые от

¹ Указанная дефиниция в плане понимания секьюритизации как формы финансирования используется достаточно условно, так как на самом деле права требования в процессе секьюритизации ни во что не превращаются, они уступаются специально созданному юридическому лицу, которое осуществляет эмиссию и размещение ценных бумаг, обеспеченных секьюритизируемыми активами.

² Финансово-кредитный энциклопедический словарь / под общ. ред. А.Г.Грязновой. М.: Финансы и статистика, 2002.

дебиторов, направляются непосредственно на погашение основного долга и процентов по ценным бумагам.

Участниками сделок секьюритизации являются инициатор (инициатор), нуждающийся в финансировании, специально созданное юридическое лицо (специальное лицо, SPV), осуществляющее эмиссию ценных бумаг, и инвесторы, приобретающие названные ценные бумаги. Инициатором чаще всего являются банки, так как они в большей степени аккумулируют активы в виде дебиторской задолженности по различным видам кредитов. Однако небанковские организации, в частности лизинговые, страховые компании, также могут инициировать сделки секьюритизации.

В литературе преобладает точка зрения, согласно которой специальное лицо должно обладать особым статусом, в частности, оно не должно заниматься какой-либо иной предпринимательской деятельностью, кроме той, которая связана с секьюритизацией, а также оно должно быть максимально защищено от риска банкротства.

Кроме названных субъектов в совокупности сделок участвуют также и иные: обслуживающая организация (как правило, эта функция передается инициатору), трасти (доверенное лицо инвесторов, следящее за осуществлением их прав), обеспечители, сделки с которыми направлены на повышение надежности ценных бумаг.

Предпосылки к массовому распространению сделок секьюритизации появились в США в 60-70-е годы, когда потребовалось решить проблему обеспечения населения жильем¹. Ипотечные кредиты стали первым типом активов в сделках секьюритизации. На сегодняшний день такими активами являются не только права требования по ипотечным кредитам, но и дебиторская задолженность, возникающая в результате деятельности небанковских организаций. Более того, секьюритизации могут подлежать будущие права требования, необходимо лишь, чтобы поступления по ним имели относительно предсказуемый характер.

Сам термин «секьюритизация» впервые появился в колонке «Слухи с Улицы» Wall Street Journal 1977 г. Именно этот термин глава ипотечного департамента Salomon Brothers Льюис Раниери (Lewis S. Ranieri) предложил использовать репортеру Wall Street Journal Анне Монро (Ann Monroe) в статье, посвященной выпуску ценных бумаг, обеспеченных залогом прав требования по ипотечным кредитам. Сделка стала известна под названием «Bank America issue» (эмиссия Банка Америки).

Появление секьюритизации активов связано с потребностью банков в привлечении ликвидных активов, которое не отражалось бы на пассивах банка. Такая потребность объясняется, в первую очередь, жестким банковским законодательством, требующим соблюдения определенных

¹ Подробнее см.: А.Казаков. История секьюритизации // Рынок ценных бумаг. 2003. №19.

нормативов осуществления банковской деятельности, в том числе нормативов ликвидности и достаточности собственных средств.

В США и странах Европы в течение последних десятилетий секьюритизация активов как форма финансирования получает все большее признание. Это обусловлено прежде всего наличием у секьюритизации активов (по сравнению с иными существующими на сегодняшний день формами финансирования ряда преимуществ).

В литературе достаточно много говорится о тех преимуществах, которые секьюритизация активов влечет для ее участников¹.

В общем виде все преимущества локального характера можно обозначить через основные цели сделок секьюритизации:

- повышение доходности на собственный капитал и соблюдение требования к достаточности собственного капитала (для банков);
- диверсификация источников финансирования, привлечение новых источников за счет выпуска SPV ценных бумаг;
- снижение стоимости привлекаемого финансирования (за счет того, что кредитный рейтинг секьюритизационных ценных бумаг может быть выше, чем рейтинг эмитента);
- привлечение финансирования на более длительный срок (по сравнению с обычным кредитованием).

Несомненно, что возможность достижения данных целей является решающим фактором для участников сделок секьюритизации. Анализ сделки и ее преимуществ носит микроэкономический, локальный характер.

Вместе с тем, представляет интерес подход Тима МакКарти, заключающийся в анализе эффектов иного характера и масштаба. В частности, автор указывает, что в результате развития в России института секьюритизации активов импульс к развитию получают различные секторы экономики (банковское дело, жилищное и промышленное строительство и др.), что в будущем может уменьшить чрезмерную зависимость России от отраслей, занимающихся разработкой природных ресурсов; секьюритизация может снизить стоимость заимствований для России и крупнейших российских компаний, а также способствовать появлению менее рискованных капиталовложений для пенсионных фондов и страховых компаний. «Секьюритизация позволила бы российским предприятиям выпускать облигации с рейтингами выше, чем они имеют сейчас, что незамедлительно снизило бы стоимость капитала и расширило круг инвесторов. Более низкая стоимость капитала приведет к более интенсивным темпам роста²».

¹ Барейша И. Секьюритизация: причины успеха // Рынок ценных бумаг. 2004. №4; Туктаров Ю. Секьюритизация и инвестиционные фонды // Рынок ценных бумаг. 2005. №16; Секьюритизация активов: секьюритизация финансовых активов – инновационная техника финансирования банков / пер. с нем. [Ю.М.Алексеев, О.М.Иванов]. М.: Волтерс Клувер, 2007; Некторов А. Философия секьюритизации активов // Рынок ценных бумаг. 2007. №9.

² МакКарти Т. Секьюритизация в России // Рынок ценных бумаг. 2003. №19.

Стремление автора глобализировать эффекты секьюритизации для России представляется достаточно интересным и целесообразным на настоящем этапе экономического развития отечественного государства.

Представляется, что основным в этом ключе является ответ на вопрос о том, для чего права требования необходимо превращать в ценные бумаги, почему просто не продать их и таким образом не получить финансирование? Каковы макроэкономические последствия существования и развития тенденции секьюритизации?

Чтобы разобраться в данном вопросе, следует обратить внимание не только на точечные элементы структуры секьюритизации как процесса, но и на ее концепцию в целом.

Как говорилось выше, в самом общем приближении секьюритизация активов (где активы – права требования, дебиторская задолженность) представляет собой процесс превращения прав требования в ценные бумаги. Представляется, что, будучи достаточно условным и не достаточным для уяснения деталей, такое определение все же очень полезно в понимании сущности секьюритизации и ее роли для экономики.

Чтобы понять, в чем смысл такого превращения, необходимо уяснить принципиальную разницу между общегражданским правом требования и ценной бумагой.

Право требования денежных средств или товара – это определенного рода «заменитель» денег как встречного предоставления в сделках, невероятное количество которых составляют деятельность хозяйствующего субъекта на рынке. При этом неплатежеспособность, вызванная недостаточностью денежных средств, является предвестником банкротства участника рыночных отношений.

В связи с этим в ситуации невозможности перемены лиц в обязательстве римские юристы с древних времен пытались обеспечить движение прав требования, стремясь избежать потери активных хозяйственников.

Так как сама человеческая личность, а не действия являлись объектом обязательства, прямая передача права, при которой цессионарий становится на место cedenta в том же самом обязательстве, была просто невозможной, что, несомненно, причиняло вред товарному обороту и экономике Рима в целом.

Для обхода названного запрета римляне стали использовать стипуляцию – формальную устную сделку, посредством которой должник обязывался перед новым кредитором путем ответа на его вопрос. Однако в отличие от современной цессии при стипуляции не происходило замены лиц в обязательстве, имело место прекращение одного обязательства и возникновение другого – новация.

Будучи абстрактной, сделка стипуляции приводила к определенным злоупотреблениям со стороны кредиторов. Появление новой возможности

замены кредитора связано с представительством в формулярном процессе Рима, при котором в качестве истца выступал цедент, а представитель (фактически выступал как цессионарий) указывался в качестве лица, которому следует присудить то, что требует истец.

Постепенная эволюция правовых средств, обеспечивающих движение договорных обязательств, в последующем привели к возникновению цессии. Постоянное стремление обеспечить подвижность прав демонстрирует то, насколько большое значение имеет возможность передачи обязательственных прав от одного лица к другому для экономических отношений.

Сейчас, когда допустимость цессии – общее правило, а запрет на ее совершение – лишь исключение из него, законодатель пошел еще дальше по пути обеспечения подвижности прав требования, обособляя в качестве особого объекта гражданских прав ценную бумагу.

Следует сказать, что обязательственное право требования по сравнению с ценной бумагой является менее востребованным товаром на рынке капитала, и это вполне объяснимо.

В соответствии со статьей 386 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору. Таким образом, покупатель права (цессионарий) может оказаться в ситуации, когда должник обоснованно откажется исполнять свою обязанность, несмотря на то, что цессионарий уже уплатил цеденту стоимость имущественного права. В силу существующей на финансовом рынке информационной асимметрии цессионарий никогда не обладает настолько полной информацией о качестве актива, которой располагает цедент. В силу этого вероятность появления у должника возражений относительно велика. Если же цессионарий желает максимально обезопасить себя от такой ситуации, то ему необходимо затратить определенное время и средства на анализ актива, который он собирается приобрести, что может быть достаточно затратно.

Ценная бумага, являясь по своей правовой природе тем же правом требования, имеет все же определенную специфику, в частности несколько иной правовой режим, характеризующийся наличием в законодательстве специальных норм, не распространяющихся на общегражданские права требования.

В частности, пунктом 2 статьи 147 ГК РФ предусмотрено, что отказ от исполнения обязательства, удостоверенного ценной бумагой, со ссылкой на отсутствие основания обязательства либо его недействительность не допускается.

Таким образом, кредитор по ценной бумаге находится в более благоприятном положении, чем цессионарий по общегражданской уступке права требования.

Представляется, однако, что такой правовой режим уступки прав по ценной бумаге как абстрактной сделки направлен на защиту интересов не только конкретного кредитора, но и интересов экономического оборота, обуславливая бесконечное движение актива, невозможность применения последствий недействительности сделки, что обеспечивает в свою очередь бесповоротность перехода прав по ценной бумаге. Значение бесповоротности перехода прав для развития экономики, а, следовательно, и значение секьюритизации выражается в следующем:

- обеспечение стабильности рыночных отношений, недопустимость разрыва сложившихся связей, потери субъектами того, на что они рассчитывали;

- совершение непрерывной цепи сделок с активом, что позволяет вовлечь в совершение большего количества сделок большее количество субъектов; каждая сделка приносит прибыль, а их неограниченное количество ведет к обогащению участников оборота, обеспечение товарами производства и населения, повышение качества товаров, работ, услуг, снижение их себестоимости за счет технического прогресса и стремления сократить издержки; обогащение населения влечет увеличение налогооблагаемой базы, а значит, и поступлений в бюджет, обеспечивающих исполнение государством своих социальных функций;

- сокращение затрат, необходимых для получения исполнения по обязательству (сделка абстрактна, не требуется доказывать основание ее совершения), для передачи актива (ценной бумаги), что в макроэкономическом аспекте приводит к сокращению общественно необходимого труда.

Кроме того, сама схема секьюритизации во многом обуславливает высокое качество эмитируемых специально созданным юридическим лицом ценных бумаг, это повышает спрос на данные ценные бумаги, делая их востребованным товаром, что также повышает их оборотоспособность. Кроме того, в процессе структурирования сделок секьюритизации прорабатываются различные механизмы повышения надежности ценных бумаг.

Выступающие в качестве конечного продукта секьюритизации ценные бумаги (Asset-Backed Securities) представляют собой либо обычные долговые обязательства, возникающие из отношений займа, либо ценные бумаги, удостоверяющие долю участия.

Ценные бумаги, эмитированные в процессе секьюритизации и обеспеченные пулом прав требования, по сути, представляют собой права требования инвесторов, которые будут удовлетворяться за счет исполнения обязательств должниками по секьюритизированному пулу

активов, то есть за счет того же самого потока платежей, который получил бы оригинатор. Право из ценной бумаги в данном случае юридически не тождественно секьюритизированному праву, но фактически является тем же правом требования, но только облеченным в форму ценной бумаги и получившим в результате этого несколько иной правовой режим, позволяющий повысить его оборотоспособность.

Таким образом, секьюритизация активов представляет собой сложившуюся в рамках тенденции секьюритизации форму финансирования за счет выпуска ценных бумаг, обеспеченных правами требования, основное макроэкономическое значение которой заключается в повышении ликвидности и оборотоспособности секьюритизируемого актива.

Трудовое и экологическое право

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА КОНСТИТУЦИОННОЙ СВОБОДЫ ТРУДА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Артамонов Владимир Викторович,
к.ю.н., преподаватель кафедры трудового права
Воронежского государственного университета

Государственная защита прав и свобод может осуществляться различными способами, наиболее эффективным из которых является судебная защита. При этом защита социально-экономических прав, а также конституционной свободы труда имеет определённую специфику. Судебные решения дают демократическим государствам политические механизмы для защиты благосостояния граждан в случаях, когда внешние силы оказывают на них давление.¹ В современный период необходимо создавать правовые условия для согласования интересов участников трудового правоотношения.

На сегодняшний день нельзя расценивать право на труд в качестве субъективного права, так как работодатель не несёт никакой ответственности за отказ в приеме на работу конкретного гражданина, даже в случае наличия вакантной должности. Конституционный Суд РФ в Постановлении от 15/111 – 2005 г. №3 – П, подразумевая свободу труда, закреплённую в ст. 37 Конституции РФ, подчеркнул, что работодатель имеет право самостоятельно подбирать кадры, и, следовательно, принудительное заключение трудового договора исключается.

Не может считаться дискриминацией отказ работодателя в заключении трудового договора, основанный на одной из двух групп обстоятельств:

а) он обусловлен спецификой работы, для выполнения которой заключается трудовой договор (тяжёлые работы с вредными и (или) опасными условиями труда, воспитание детей, продажа наркотических веществ и т.п.), а также деловыми качествами работника (необходимо наличие соответствующей специальности, квалификации, навыков и т.п.);

б) отказ основан на ограничениях либо запретах, установленных федеральными законами в целях защиты интересов отдельных категорий работников.²

¹ Артамонов В.В. Судебная защита конституционной свободы труда в Российской Федерации. Воронеж, 2007. С. 5-6

² Передерин С.В. Некоторые аспекты рассмотрения и разрешения индивидуальных трудовых споров по поводу заключения трудового договора // Социально-экономические права человека. Вып. 6: Право и личность: сб. науч. тр. Воронеж: Издательство Воронеж гос. Ун-та, 2010. С. 220.

В советский период в ст. 99 КЗоТ была предусмотрена материальная ответственность работодателя за задержку выдачи трудовой книжки. По решению суда работнику выплачивался средний заработок за всё время вынужденного прогула, независимо от того, обращался ли он в другое предприятие с просьбой о приёме на работу без трудовой книжки. Это была дополнительная мера защиты права на труд. Именно такую оценку дал ст. 99 КЗоТ Конституционный Суд РФ в определении от 21.12.04 № 422 – О. Эта статья утратила силу со вступлением ТК РФ 2001 г. в силу.

Конституционный Суд РФ в своём определении от 21/12 – 2004 г. № 422 – О указал, что сам факт невыдачи дубликата трудовой книжки А. не повлиял на возможность его трудоустройства, поскольку он не доказал факт обращения к какому-либо конкретному работодателю. А ведь здесь речь идёт о том, что не был выдан дубликат трудовой книжки по состоявшемуся решению суда. Работодатель проигнорировал даже судебное решение, обязывающее его выдать дубликат, так как им была внесена незаконная запись в саму трудовую книжку.

Таким образом, Конституционный Суд не признал в данном случае факта нарушения работодателем права гражданина на законное основание увольнения и не признал правовой обязанности у работодателя своевременно выдать трудовую книжку даже по требованию, указанному в судебном решении. Аналогично оказалась непризнанной правовая обязанность работодателя вносить запись в трудовую книжку в точном соответствии с законом.

В трудо-правовой ответственности санкции бывают двух видов:

- 1) как мера ответственности;
- 2) как мера защиты. Меры защиты позволяют восстановить нарушенное право, а меры ответственности обеспечивают выполнение правовой обязанности (соблюдать, не нарушать правопритязание другой стороны). На наш взгляд, разновидностью санкций являются превентивные (предупредительные) санкции, в особенности на этапе реализации конституционной свободы труда посредством трудоустройства.

Немаловажно отметить, что ФЗ от 30 июня 2006 г. № 90 - ФЗ¹ также существенно расширил и изменил ст. 20 ТК РФ, устанавливающую стороны трудовых отношений. В частности, впервые на законодательном уровне выделены категории физических лиц, которые могут выступать в качестве работодателей.

Данные категории разделены на две большие группы в зависимости от осуществления или неосуществления ими предпринимательской деятельности:

¹ О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативно правовых актов СССР и утратившими силу на некоторых законодательных актов [положений законодательных актов] Российской Федерации: ФЗ от 30 июня 2006 г. № 90 ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 27. Ст. 2878.

- 1) работодатели – индивидуальные предприниматели;
- 2) работодатели – физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателям.

К первой группе относятся: индивидуальные предприниматели без образования юридического лица, частные нотариусы, адвокаты, учредившие адвокатские кабинеты, иные лица, чья профессиональная деятельность в соответствии с федеральными законами подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию, вступившие в трудовые отношения с работниками в целях осуществления указанной деятельности (при этом подчеркивается, что в том случае, если физические лица вступили в трудовые отношения с работниками в целях осуществления соответствующей деятельности без государственной регистрации и (или) лицензирования, они не освобождаются от выполнения обязанностей работодателя). При этом не имеет значения тот факт, что работодатели – физические лица неправоммерно осуществляют указанную деятельность в нарушение требований федеральных законов без государственной регистрации и (или) лицензирования. Основопологающим является только фактическое вступление в трудовые отношения с работником.

Ко второй группе законодатель отнёс физические лица, вступающие в трудовые отношения с работниками в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства.

В приведённой ст. 20 ТК РФ классификации важным является тот факт, что впервые в РФ в трудовом законодательстве нормативно закреплены виды работодателей – физических лиц и особо подчёркнуто, что работодатель – это субъект трудового правоотношения, реально вступивший в трудовые отношения с работником. Тем не менее не совсем точным представляется деление физических лиц – работодателей, представленное в ст. 20 ТК РФ. В частности, не все категории работодателей – физических лиц, обозначенных нормативно как работодатели – индивидуальные предприниматели, ими фактически являются (нотариус, адвокат и иные лица, осуществляющие профессиональную деятельность). Кроме того, законодатель отдельно не выделил глав крестьянских (фермерских) хозяйств, чей правовой статус отличается определённой спецификой. Глава крестьянского (фермерского) хозяйства как самостоятельный сельскохозяйственный товаропроизводитель, действующий на основе норм ГК РФ и специального Федерального закона от 11 июня 2003 г. № 74 – ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»¹, с момента государственной регистрации приобретает статус индивидуального предпринимателя. Но особенность его статуса, в отличие от статуса индивидуального предпринимателя,

¹ СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2249.

заключается в том, что он своими действиями приобретает права и обязанности не для себя, а для крестьянского хозяйства, которое и несет ответственность своим имуществом. Оно формируется в соответствии с соглашением, достигнутым между членами хозяйства. По мнению Г.В. Казаковой, «глава фермерского хозяйства представляет собой идеальный образ работодателя – физического лица, поскольку он способен иметь соответствующие права и обязанности, т.е. обладает работодательской правоспособностью; уполномочен приобретать их своими действиями, т.е. является дееспособным; способен нести ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств, так как гарантии предоставляет фермерское хозяйство»¹.

Также не совсем понятна позиция законодателя, презюмирующего незаконную деятельность физических лиц без государственной регистрации и (или) лицензирования, вступающих в трудовые отношения с работниками, за что должна наступать юридическая ответственность и чего в принципе не должно быть в интересах прежде всего самих работников.

В свою очередь, физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, в зависимости от наличия имущественных средств и полной гражданской дееспособности, можно разделить на следующие группы:

1) физические лица, имеющие самостоятельный доход и достигшие 18 лет, при условии наличия у них гражданской дееспособности в полном объеме;

2) физические лица, имеющие самостоятельный доход, но не достигшие 18 лет, - со дня приобретения ими гражданской дееспособности в полном объеме (например, при вступлении в брак или в результате эмансипации);

3) физические лица в возрасте от 14 до 18 лет при наличии собственных заработка, стипендии, иных доходов, с письменного согласия их законных представителей (родителей, опекунов, попечителей).

Российский законодатель также впервые предоставил физическому лицу, имеющему самостоятельный доход, но признанному судом, ограниченным в дееспособности или недееспособности, право с письменного согласия попечителя или опекуна заключать письменные трудовые договоры в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства. Данная норма соответствует положению конституционного принципа ч. 2 ст. 35 Конституции РФ о том, что каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами.

¹ Казакова Г.В. Проблемы правосубъектности работодателя: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 19.

Выделение видового разнообразия работодателей – физических лиц, предоставляющих возможность гражданам вступать в трудовые правоотношения на основе трудовых договоров, позволяет перейти к рассмотрению права и обязанностей, которые они реализуют уже после вступления в трудовые отношения на основе приобретенной в установленном порядке работодательской трудовой правосубъектности, включающей:

а) способность выступать плательщиком страховых взносов во внебюджетные фонды (Пенсионный фонд, Фонд социального страхования, Фонд обязательного медицинского страхования);

б) способность предоставить физическим лицам, обладающим трудовой правосубъектностью, на основе заключенных в установленном порядке трудовых договоров работу по оговорённой трудовой функции;

в) способность регулярно и в полном объеме выплачивать заработную плату из фонда оплаты труда не ниже минимального размера оплаты труда;

г) способность обеспечить безопасные условия труда, соответствующие государственным нормативным требованиям охраны труда, с целью сохранения жизни и здоровья работников в процессе их трудовой деятельности.

Трудовая правосубъектность работодателя - физического лица базируется на гражданской правосубъектности и фактически представляет собой признаваемую государством способность субъекта права выступать участником трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, обладать комплексом прав и обязанностей, предусмотренных ТК РФ, федеральными законами и иными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, и реализовывать их с учётом особенностей механизма правового регулирования труда в обществе.

К ВОПРОСУ О РЕАЛИЗАЦИИ ПОЛОЖЕНИЙ КОНЦЕПЦИИ ПЕРЕХОДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ К УСТОЙЧИВОМУ РАЗВИТИЮ

Горшов Егор Александрович,
студент 3 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Дицевич Ярослава Борисовна,
к.ю.н., доцент кафедры прокурорского надзора
и участия прокурора в арбитражном процессе
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Согласно многочисленным данным экологическую ситуацию в мире можно охарактеризовать как крайне нестабильную. Ситуация в России на порядок хуже и уже приближается к экологической катастрофе. Так, в 204 городах Российской Федерации из 250, где проводились наблюдения за загрязнением воздуха, средняя за год концентрация одного или нескольких веществ, превышала предельно допустимые коэффициенты. Бассейны крупнейших рек (Волги, Оби, Енисея, Амура) загрязнены фенолом, нефтепродуктами, соединениями железа, меди, цинка, аммонийным и нитритным азотом. Эти и другие тревожные данные об экологической обстановке можно получить из Государственного доклада «О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации в 2009 году»¹. В свою очередь, данные экологических общественных организаций характеризуются как ещё более тревожные. Почему же в России сложилась столь тяжёлая экологическая обстановка? Чтобы ответить на этот вопрос, прежде всего необходимо установить, какое вид концепции отношения к природе занимает доминирующее положение в российском обществе.

Несмотря на провозглашение необходимости учёта экологических интересов, на «многочисленные» природоохранные мероприятия, общее отношение к природе отчётливо потребительское. Концепция потребительского отношения к природе характеризуется неразумным, нерациональным использованием её ресурсов без восполнения, без апелляции к судьбам будущих поколений. Эта концепция, как и любая идеологическая конструкция, основана на определённой картине мира. Эту картину мира условно можно назвать Ньютоновской, или механистической. Основные постулаты данной картины мира нашли своё

¹ О состоянии и об охране окружающей среды Российской Федерации в 2009 г.: государственный доклад. [Электронный ресурс] // СПС «Консультант Плюс».

приложение в научных парадигмах естественных и общественных наук. После того, как утвердились соответствующие научные парадигмы, стало возможным на основе легитимированных наукой данных создать цельную идеологическую систему (механистический детерминизм). Среди главных положений этой идеологии можно выделить следующие, относящиеся к рассматриваемой нами теме:

- 1) общество развивается линейно (прогресс);
- 2) в своём развитии оно проходит определённые неизбежные этапы (детерминизм);
- 3) экономическое развитие превалирует над иными формами развития;
- 4) природа (окружающая среда) является бесплатным ресурсом для неограниченного экономического развития.

В дальнейшем механистический детерминизм создал потребительскую культуру масс, в частности, потребительское отношение к природе. Соответственно, появилась возможность свести всё богатство отношений с природой к простому отношению субъект-объект. Иными словами, человек должен относиться к природе как к обычному объекту своей деятельности. В свою очередь, хозяйствующие субъекты в своём поведении руководствуются простой экономической логикой. И она прекрасно вписывается в общий потребительский характер современного общества. Поиски злого умысла, моральные обвинения, к которым прибегают разнообразные "зеленые" общественные организации, просто неуместны, если экономическая логика принимается в принципе обществом. Данная логика несовместима с логикой экологической, и это противоречие стало одной из причин общего кризиса индустриальной цивилизации не только в России, но и во всём мире.

Одним из самых острых проявлений кризиса цивилизации, считающей концепцию потребительского отношения к природе единственно возможной в данных условиях, стало признание природоразрушающего характера созданного этой цивилизацией типа хозяйства – так называемой рыночной экономики. Это признание стало итогом беспрецедентной Конференции ООН по окружающей среде и развитию, которая проходила в бразильском городе Рио-де-Жанейро в 1992 году. Генеральный секретарь этой организации Морис Стронг подчеркнул в своей речи, обращённой к участникам конференции: «... западная модель развития более не подходит ни для кого. Единственная возможность решения глобальных проблем сегодняшнего дня - это устойчивое развитие». Незадолго до этого было предложено и понятие устойчивого развития. Под ним понимается такое развитие, которое удовлетворяет потребности настоящего времени, но не ставит под угрозу способность будущих поколений удовлетворять свои собственные потребности. Это условие накладывает на современную хозяйственную

деятельность ограничение, можно сказать, идущее из будущего. Оно связано, прежде всего, с невозобновляемыми ресурсами, например, минеральными¹.

После принятия Декларации ООН по окружающей среде и развитию в 1992 году в РФ появились два Указа Президента: от 4 февраля 1994 года "О государственной стратегии Российской Федерации по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития" и от 1 апреля 1996 г. "О концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию". К сожалению, оба эти указа носят в большей степени декларативный характер и повлиять на экологическую ситуацию оказались не в состоянии.

Последующее закрепление на уровне международного права идеи устойчивого развития нашли в Декларации ООН по окружающей среде и развитию, принятой в 2002 году на Всемирном саммите по окружающей среде и развитию в южноафриканском городе Йоханнесбург. На основе документов, принятых на международном уровне, 31 августа 2002 года было принято распоряжение Правительства Российской Федерации № 1225-р, которым была одобрена Экологическая доктрина России. Вышеназванным документом идея устойчивого развития признана одним из основных принципов, на которых базируется государственная политика в области экологии. Однако действительная возможность перехода Российской Федерации к устойчивому развитию представляется весьма проблематичной в силу комплекса социально-экономических и политических причин.

Считается, что устойчивое развитие - это экологически обоснованное экономическое и социальное развитие². Однако в условиях российской рыночной экономики совместить экономические и экологические интересы представляется весьма сложным, т.к. вся экономическая деятельность в таких государствах направлена только на получение прибыли и, соответственно, уменьшение издержек, в т.ч. затрат на природоохранные мероприятия. Также при сохранении в российском обществе господствующего положения неolibеральной идеологии проблематичен учёт интересов новых поколений, т.к. в данный момент они не являются субъектами экономических отношений, а, следовательно, не могут определять спрос и предложение.

Необходимость изменения отношения к природе и перехода Российской Федерации к устойчивому развитию очевидна, однако в условиях господства неolibеральной идеологии и рыночной экономики осуществить этот переход весьма непросто. Сохранение природы возможно только при проведении в России совокупности правовых, экономических и политических преобразований. В рамках данной работы

¹ Кара-Мурза С.Г. Научная картина мира, экономика и экология. М., 2000. С. 3.

² Бринчук М.М. Экологическое право: учебник. М.: Юристъ, 2005. С. 34.

мы ограничимся предложением правовых преобразований в области охраны окружающей среды, хотя и принимаем во внимание тот факт, что исключительно изменениями в области права осуществить переход к устойчивому развитию не представляется возможным.

Изменениям должны быть подвергнуты как экономико-правовой, так и административно-правовой механизмы охраны окружающей среды. Для начала обратимся к экономико-правовому механизму. В настоящее время его эффективность оставляет желать лучшего - многочисленные аварии на производствах подтверждают это. Представляется, что данный механизм нуждается в следующих преобразованиях:

- 1) воссоздание Экологического фонда Российской Федерации и экологических фондов субъектов Российской Федерации;
- 2) обеспечение неотвратимости уголовной, административной и гражданско-правовой ответственности за правонарушения в области охраны окружающей среды;
- 3) повышение платы за специальное природопользование;
- 4) совершенствование системы льгот, предоставляемых хозяйствующим субъектам, деятельность которых в той или иной степени связана с охраной окружающей среды.

Воссоздание Экологического фонда позволит аккумулировать средства, поступающие в бюджет в качестве платы за негативное воздействие на окружающую среду, что благоприятно отразится на финансировании природоохранных мер. Неотвратимость ответственности при совершении правонарушений в сфере охраны окружающей среды является одним из условий эффективности борьбы с нарушениями экологического законодательства. Установление льготного налогового режима позволит активизировать деятельность так называемого экологического бизнеса и будет стимулом для проведения природоохранных мероприятий хозяйствующими субъектами.

Изменениям в экономико-правовом механизме должны сопутствовать соответствующие преобразования в административно-правовом механизме охраны окружающей среды. Среди них можно выделить следующие меры:

- 1) воссоздание единого органа специальной компетенции в области охраны окружающей среды со статусом министерства;
- 2) повышение эффективности государственного экологического контроля и надзора;
- 3) возобновление деятельности органов муниципального экологического контроля;
- 4) дальнейшее развитие системы экологического образования и просвещения.

Воссоздание единого федерального органа исполнительной власти со специальной компетенцией в области охраны окружающей среды,

существовавшего до 2000 года, является необходимой организационной предпосылкой эффективной охраны окружающей среды. Деятельность муниципальных органов экологического контроля позволит образовать ещё один уровень контроля над экологической ситуацией в Российской Федерации. Развитие системы экологического образования и просвещения окажет благоприятное воздействие на уровень экологической культуры населения.

Комплексные изменения в указанных механизмах охраны окружающей среды позволят осуществлять более эффективную экологическую политику в России. Представляется, что реализация вышеприведённых мер позволит Российской Федерации продолжить движение на пути к устойчивому развитию.

ОБЩЕСТВЕННАЯ ЭКОЛОГИЧЕСКАЯ ЭКСПЕРТИЗА: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Кислицына Светлана Андреевна,
студентка Института экономики и права
Восточно-Сибирского государственного
технологического университета

Научный руководитель:
Мункуева Светлана Алексеевна,
старший преподаватель кафедры
государственно-правовых дисциплин
Восточно-Сибирского государственного
технологического университета

Общественная экологическая экспертиза (далее - ОЭЭ) является одной из форм реализации прав граждан на участие в принятии значимых экологических решений.

«Общественная экологическая экспертиза (ОЭЭ) – организуется и проводится по инициативе граждан и общественных организаций (объединений), а также по инициативе органов местного самоуправления общественными организациями (объединениями), основным направлением деятельности которых в соответствии с их уставами является охрана окружающей среды, в том числе организация и проведение экологической экспертизы, и которые зарегистрированы в порядке, установленном законодательством Российской Федерации» ([ст. 20] ФЗ «Об экологической экспертизе» - далее Закон).

Самоопределение «общественная экологическая экспертиза» несет определенную смысловую (содержательную) нагрузку. Этот термин подразумевает обязательную и самую широкую публичность такой

экспертизы, открытость ее для всех без исключения заинтересованных граждан. Основная цель проведения такой экспертизы - учет и защита интересов граждан при принятии и реализации властных решений. Для реализации этой цели является обязательным присутствие в числе экспертов представителей реально действующих на данной территории общественных объединений, отражающих интересы конкретных групп и категорий граждан.

Субъекты, проводящие и организующие ОЭЭ, сталкиваются с проблемами, выраженными в несовершенстве законодательной базы, недостаточно регламентирующей механизмы проведения мероприятий.

Несмотря на достаточно полное урегулирование процесса организации и проведения общественной экологической экспертизы, все равно остается большой простор для интерпретаций, который, с одной стороны, оставляет широкие возможности для творчества, а с другой – закладывает основу для серьезных конфликтов и противоречий. И именно этот простор порождает проблемы

Первой из них является вопрос регистрации ОЭЭ. Законодательство не определяет, в полномочия какого муниципального образования входит регистрация заявления о проведении ОЭЭ: то ли в муниципалитет, в котором будет осуществляться проект, то ли в тот, в котором зарегистрирована общественная организация – инициатор экспертизы, а может в тот, на который непосредственно может быть оказано негативное влияние в результате реализации проекта строительства.

Другой проблемой, (которую скорее можно назвать противоречием), является, что законодатель то ли по невнимательности, то ли с каким-то умыслом, требует государственной регистрации общественной экспертизы органами местного самоуправления, которые государственными не являются. На практике это проблем пока не вызывало, но вполне может стать их причиной.

Получение объекта экспертизы, с нашей точки зрения, является одной из самых сложных задач общественной экологической экспертизы. На сегодняшний день серьезные проблемы создает проблема в определении документации, которую необходимо предоставлять на экологическую экспертизу. В законе только сказано, что ее «...объем определяется в установленном порядке...». В результате чего затрудняется практика применения нормы Федерального законодательства.

В силу чего можно выделить нескольких причин.

Во-первых, объектом экологической экспертизы являются не просто сведения, информация, а конкретные документы. Кроме сведений о состоянии окружающей среды в документе содержится множество других сведений, и отнесение некоторых из них к государственной или коммерческой тайне является препятствием для предоставления всего документа.

Во-вторых, сведений, относящихся исключительно к окружающей среде, может оказаться недостаточно для проведения полноценной экологической экспертизы. Например, чтобы оценить масштаб будущих выбросов, могут понадобиться сведения о мощности установки, которые сами по себе не являются сведениями ни о состоянии окружающей среды, ни о ее загрязнении.

Последствия, которые являются результатом отсутствия четкости в определении характера документации, предоставляемой на ОЭЭ, заключается в том, что общественная экологическая экспертиза поставлена здесь в сложное положение.

Есть основания того, что документы, предоставляемые на экспертизу, могут содержать сведения, отнесенные к государственной либо коммерческой тайне, что может послужить предлогом для формального отказа в государственной регистрации общественной экологической экспертизы или в предоставлении объекта экспертизы (согласно статьям 21 и 24 Закона).

Если вопросы, связанные с государственной тайной, урегулированы нормативно-правовыми актами подробно, то вопросы, связанные с коммерческой тайной, регламентированы в настоящее время гораздо менее детально. Это порождает практику чрезвычайно широкого понимания коммерческой тайны и произвольного отнесения к ней различных сведений.

Таким образом, организация, проводящая экспертизу, оказывается перед дилеммой. С одной стороны, запрос документации, как уже отмечалось выше, может привести к отказу в регистрации экспертизы или предоставлении документов.

С другой стороны, пытаясь провести экологическую экспертизу только части проектной документации, например, тома оценки воздействия на окружающую среду, организация может столкнуться с явной недостаточностью исходной документации для корректной экспертизы, вследствие чего, если получена только часть запрошенного объекта экспертизы, это серьезно подрывает основы общественной экспертизы, снижая ее качество и обоснованность заключения.

Целое поле проблем возникает в связи с самой системой экспертизы, которая построена так, что окончательное решение выносится группой экспертов-профессионалов. Во-первых, очень сложно одновременно обеспечить открытость общественной экологической экспертизы и независимость экспертов. Это связано в первую очередь с тем, что работа эксперта – это по своей сути процесс закрытый, поскольку исследование предполагает специальные знания и персональную ответственность эксперта за свои выводы. Для чистоты выводов, он не должен испытывать давление извне, в своих выводах должен руководствоваться только

научными принципами, а не эмоциями и чувствами. Как обеспечить это, если он включен в общественные дебаты?

На практике провести общественную экспертизу в соответствии с законом достаточно сложно и дорого. Довольно часто приходится сталкиваться с мнением, что общественная экспертиза должна быть бесплатной. Это сделать не представляется возможным. Даже если некоторые эксперты согласятся работать бесплатно, то время председателя и секретаря должно быть оплачено – на них ложится огромный объем работы. Если, конечно, делать экспертизу всерьез. Если же инициировать финансирование за счет других субъектов, то может возникнуть конфликтов интересов. Например, если заказчик проекта – нет доверия; если население – скорее всего, это протестная активность.

Итогом работы экспертной комиссии является заключение, которое приобретает юридическую силу после утверждения его федеральным органом исполнительной власти в области экологической экспертизы или органом государственной власти субъекта Российской Федерации, но выводы государственной экологической экспертизы утверждаются почти всегда, а выводы ОЭЭ – почти никогда. Итоговый документ по ОЭЭ носит лишь рекомендательный характер, не влияющий на окончательное решение по проекту. Единственный способ убедить должностных лиц с выкладками ОЭЭ – доказать, что общественная экспертиза выполнялась в точном соответствии с процедурой, предписанной законом и регламентом.

Тут же возникает существенный законодательный пробел, состоящий в том, что нет никакой регламентации того, как проводится общественная экологическая экспертиза. Свобода в этом вопросе оборачивается тем, что проведенная в произвольной форме общественная экспертиза не рассматривается всерьез государственными экспертами, а значит, не может оказать влияния на окончательное решение по проекту. Поэтому остается только рекомендовать всем инициаторам общественной экологической экспертизы придерживаться регламента, установленного для экспертизы государственной.

Общественная экологическая экспертиза - сложный затратный процесс. Она требует от некоммерческих организаций как большой организационной и подготовительной работы, так и большого экспертного потенциала.

Таким образом, следует признать, что реализация экологических прав граждан на сегодняшний момент – неудовлетворительна. Это является следствием как практически не развитого гражданского общества и основ базисной демократии вообще, так и недостатком экологической и гражданской культуры государственных чиновников

Несмотря на перечисленные проблемы, институт общественной экологической экспертизы в России живет и развивается. Что делать – каждый читатель этой статьи решит для себя сам, в зависимости от своего

местоположения по отношению к идее и практике общественной экспертизы.

ПРОБЕЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ

Кокоулин Дмитрий Геннадьевич,
студент 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Басалаева Светлана Павловна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Для современной России одной из наиболее важных задач является построение эффективного государства, преодоление серьезных недостатков в организации и функционировании системы органов государственной власти. Решение этой задачи требует модернизации государственной гражданской службы, которая должна стать открытой, конкурентоспособной и престижной, ориентированной на результативную деятельность по обеспечению исполнения полномочий государственных органов, оказанию государственных услуг, активно взаимодействовать с институтами гражданского общества. Именно государственная гражданская служба призвана претворять в жизнь политику государства в сфере экономики, социального развития, культуры, образования.

Гражданская служба представляет собой соединение частного и публичного - несамостоятельный, наемный труд, который организуется государством, материально и финансово обеспечивается средствами бюджета, должен осуществляться в общегосударственных интересах и потому имеет публичную функциональную значимость.

Двойственный характер государственной гражданской службы выражается и в том, что она представляет собой трудовую профессию, имеющую своим объектом публичный, общественный интерес и вместе с тем служит удовлетворению индивидуальных, личных (иначе говоря - частных) потребностей субъектов этой деятельности - гражданских служащих.

С одной стороны, гражданскую службу нельзя рассматривать исключительно как «институт ведения публичных дел», а служащего - как агента публичной власти, который в силу только этого своего статуса будет стремиться соблюдать общественный интерес. Находясь на

государственной службе, чиновник рассчитывает взамен добросовестного исполнения должностных обязанностей получать достойное денежное вознаграждение, продвигаться по службе, пользоваться социальными льготами и привилегиями.

С другой стороны, недостаточно рассматривать государственную гражданскую службу только как наемный труд в государственных органах, направленный на выполнение обслуживающей функции в системе государственного аппарата, а ее исполнение сводить лишь к определенному «набору» индивидуальных служебно-трудовых действий (функций) по профессиональному обслуживанию власти.

Правовой статус государственных гражданских служащих по общим направлениям во многом аналогичен правовому положению работников наемного труда, поэтому восполнение пробелов в государственной гражданской службе в основном осуществляется на основе применения норм трудового законодательства. Возможность применения норм трудового законодательства в регулировании правового статуса государственных гражданских служащих непосредственно предусмотрена федеральным и региональным законодательством о государственной гражданской службе. Согласно ст. 73 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» законы, иные нормативные правовые акты Российской Федерации, законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, содержащие нормы трудового права, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной Федеральным законом.

С одной стороны, Федеральный закон о гражданской службе является «трудовым кодексом» российских чиновников, а с другой – его относят к сфере административного права (называют административно-правовым нормативным актом). При решении вопроса о возможности применения норм трудового права в регулировании государственной гражданской службы возникают следующие проблемные моменты.

Во-первых, установление сферы правовых отношений государственных гражданских служащих носит межотраслевой характер и регулируется несколькими отраслями права. На государственной гражданской службе возникают конституционные, административные, служебные отношения;

Во-вторых, пределы применения трудового права в регулировании государственной гражданской службы обусловлены спецификой правового положения (статуса) государственных гражданских служащих как лиц, наделенных, с одной стороны, властно-управленческими функциями, а с другой – являющихся лицами наемного труда.

В-третьих, установление объема и действительных пробелов в законодательстве о государственной гражданской службе ограничено и

связано с отсылочными нормами служебного права, которыми предусматривается принятие специальных подзаконных нормативных правовых актов (указов Президента и постановлений Правительства Российской Федерации), а также локальных актов, принимаемых федеральными и региональными органами исполнительной власти (в частности, положений, инструкций, правил внутреннего служебного распорядка, должностных регламентов и других нормативных актов).

Таким образом, совершенно оправданным будет являться применение нормативных положений трудового права при регулировании, например, служебного времени и времени отдыха государственных гражданских служащих, в частности, при исчислении среднего денежного содержания для компенсации государственному гражданскому служащему ежегодного оплачиваемого отпуска, оплаты листка нетрудоспособности (больничного), установления размера удержаний из денежного содержания; правил привлечения к сверхурочной службе или службе в выходные и нерабочие праздничные дни, порядка их оплаты.

В то же время вызывает сомнение возможность использования для государственной гражданской службы норм трудового права, регулирующих работу по совместительству (особенно внутреннее совместительство), правил рассмотрения коллективных служебных споров, правил проведения забастовок и некоторых других.

Сложность реализации норм трудового права в регулировании государственной гражданской службы связана также с тем, что многие нормы Федерального закона о гражданской службе предусматривают принятие указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, которые должны конкретизировать и восполнять пробелы в правовом регулировании государственной гражданской службы.

Нормы трудового права по связи с нормами законодательства о государственной гражданской службе, а также возможности применения в регулировании правоотношений государственных гражданских служащих можно дифференцировать на три большие группы.

Первую составляют нормы трудового права, которые в бесспорном порядке могут и должны применяться в регулировании условий несения государственной гражданской службы (например, порядок расчета среднего денежного содержания при уходе в отпуск или больничного).

Во вторую входят нормы трудового права, применение которых в регулировании государственной гражданской службы вызывает определенные сложности и, как следствие, требует определенной корректировки и привязки к государственной гражданской службе (например, регулирование социального партнерства, принятие коллективных договоров, работа по совместительству и так далее, что для государственного служащего весьма затруднительно реализовать).

К третьей группе относятся нормы трудового права, применение которых в регулировании государственной гражданской службы является либо невозможным, либо дискуссионным, либо носит узкий характер или не всегда правомерно (например, регулирование коллективных трудовых споров и возникновение аналогичного коллективного служебного спора на государственной гражданской службе).

Таким образом, нормы Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» можно разделить на три относительно самостоятельных вида: административно-правовые (служебные), служебно-трудовые и нормы трудового права. Критерием такой классификации является направленность, содержание, предмет и метод регулирования служебных отношений и особенности правового статуса государственных гражданских служащих. Но высказываются и противоположные мнения. В частности, А.Ф. Ноздрачев утверждает, что «закон о государственной службе не устанавливает приоритет законодательства о госслужбе перед трудовым законодательством, а лишь упоминает об особенностях трудовых отношений в государственной службе».

Новый Федеральный закон «О государственной гражданской службе РФ», как справедливо отмечается в литературе, устанавливает однозначный приоритет специального законодательства о государственной гражданской службе над нормами трудового права, определяя, что последние могут применяться и применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, лишь в части, не урегулированной Федеральным законом «О государственной гражданской службе Российской Федерации».

Отсюда можно сделать вывод - если один и тот же аспект организации труда гражданских служащих урегулирован и в трудовом, и в административном законодательстве, должны применяться нормы последнего; нормы же трудового права применяются, только если законодательство о государственной гражданской службе вообще не регулирует данный вопрос.

СОЦИАЛЬНАЯ ЗАЩИТА ИНВАЛИДОВ: МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ И ПРОБЛЕМЫ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Кудрук Ирина Александровна,
студентка 1 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Елена Ивановна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой
трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Тема инвалидности, все чаще рассматриваемая в ракурсе защиты прав человека, приобретает в нынешних условиях в международном контексте особую актуальность. В настоящее время, несмотря на существование многих норм в области прав человека, люди с инвалидностью испытывают множество ограничений в повседневной жизни. Многие проблемы вызваны существованием физических и социальных барьеров, при которых даже хорошие законы в отношении инвалидов остаются бездействующими.

Недавно провозглашенная Конвенция ООН о правах инвалидов (принята Генеральной Ассамблеей ООН в 2006 году)¹ стала документом, закрепившем социальный подход к инвалидности; каждая статья Конвенции направлена на защиту от дискриминации и на включение инвалидов в общество. В отличие от ранее действовавших международных соглашений, ограничивавшихся в основном положениями о защите инвалидов от дискриминации, Конвенция ООН стала первым всеобъемлющим международно-правовым документом, закрепившим за лицами с инвалидностью все присущие человеку права и свободы².

Примерно 8% населения планеты, около 650 млн. человек – люди с инвалидностью, которые ожидали принятия этого документа. Его разработка заняла 5 лет. Первоначально идею принятия Конвенции принимали немногие, так как считалось, что существующих механизмов защиты прав человека для инвалидов вполне достаточно. Однако поддержка общественных организаций и мониторинг соблюдения прав

¹ Конвенция ООН о правах инвалидов от 13 декабря 2006 г. // СПС «Консультант Плюс».

² Овсяк А.М. Конвенция ООН о правах инвалидов – важный договор для защиты уязвимых групп населения // Юрист – международник. 2007. № 3.

человека в отношении инвалидов способствовали признанию необходимости разработки отдельного документа о правах инвалидов¹.

Конвенция затрагивает права инвалидов в области здоровья, образования, занятости, реабилитации, участия в политической жизни, закрепляет принципы недискриминации, уважения, независимости и личной самостоятельности человека, полного включения и вовлечения в общество.

Конвенция была подготовлена при непосредственном участии российских экспертов. Действующее российское законодательство в целом уже соответствует требованиям, предъявляемым конвенцией, а имеющиеся нарушения прав инвалидов (увы, нередкие) вызваны не конфликтом норм внутреннего законодательства и конвенции, а нарушением норм внутреннего законодательства в рамках правоприменения или конфликтом отдельных внутренних норм между собой.

И несмотря на то, что федеральное законодательство в отношении инвалидов в России приближается к международным стандартам, большинство инвалидов не ощущают его действия на себе. В России инвалид, ведущий активную полноценную жизнь, пока скорее исключение, чем норма². Треть инвалидов не выходят из дома. Большинство не имеют законченного среднего образования, не говоря уже о высшем образовании. Причина не в отсутствии способностей и желания, а в отсутствии условий.

Вот некоторые из насущных проблем инвалидов в России:

- У инвалидов значительно худший доступ к образованию и работе. Несмотря на то, что право инвалидов на интегрированное образование и обучение формально признается и декларируется внутренним законодательством, в действительности такое образование только зарождается и на его пути существует множество проблем, в том числе и правовых.

В настоящий момент отсутствует правовое регулирование какой-либо индивидуализированной поддержки (в первую очередь – индивидуальными помощниками) в системе образования, что становится прямым препятствием попыткам интеграции. Поэтому необходимо принятие специального нормативно-правового акта об организации интегрированного образования детей с ограниченными возможностями, регулирующего порядок такой индивидуализированной поддержки, а также и финансирование соответствующих расходов.

По подсчетам Пенсионного фонда в России 12,4 млн инвалидов, из них 575 тысяч – дети. Однако есть еще огромное число людей с отклонениями в развитии, которые не считаются инвалидами, но тоже

¹ <http://www.civitas.ru>.

² Марков Е. Отношение к людям с ограниченными возможностями должно меняться // Санкт-Петербургский курьер. 2011. № 2.

нуждаются в особых условиях обучения. В итоге 2,2 млн детей с отклонениями в развитии не могут получать качественное образование и фактически обречены всю оставшуюся жизнь существовать на государственную пенсию, потому что не смогут получить профессиональное образование и найти работу¹.

По данным Министерства образования и науки, сейчас в России есть всего 42 профтехучилища для инвалидов. Гораздо лучше дело обстоит с дошкольными (ДОУ) и коррекционными образовательными учреждениями. В 10,5 тысячи ДОУ сейчас учится 457,6 тысячи детей инвалидов, в 1,9 тысячи коррекционных школ - 224 тысячи человек. Однако за последние 15 лет число официально поставленных на учет умственно отсталых детей выросло в четыре раза, а с задержкой в развитии - в три. Естественно, мест в коррекционных классах не хватает.

- Согласно приказу Минздравсоцразвития РФ от 04.08.2008 N 379н (ред. от 16.03.2009) "Об утверждении форм индивидуальной программы реабилитации инвалида, индивидуальной программы реабилитации ребенка-инвалида, выдаваемых федеральными государственными учреждениями медико-социальной экспертизы, порядка их разработки и реализации" при реализации индивидуальной программы реабилитации инвалида (ребенка-инвалида) обеспечиваются последовательность, комплексность и непрерывность в осуществлении реабилитационных мероприятий, динамическое наблюдение и контроль за эффективностью проведенных мероприятий². Реализацию индивидуальной программы реабилитации инвалида (ребенка-инвалида) осуществляют организации по месту жительства инвалида. И в случае переезда инвалида в другое место (например, для лечения, по семейным обстоятельствам) он лишается своего законного права на непрерывность реабилитационной программы; законодательством не урегулирована процедура смены исполнителей ИПР.

Разработка механизма смены исполнителей реабилитационных мероприятий для инвалидов в случае их передвижения, предусматривающего реабилитацию перемещающихся инвалидов на основе взаимности, возможно, стала бы решением данной проблемы.

- Многие семьи инвалидов сталкиваются в обычных школах с отсутствием надлежащего воспитания у детей и педагогов, неуважительным отношением к инвалидам, отсутствием знаний об их возможностях и правах.

¹ Новикова А., Саргин А.. Общество. Поверх барьеров. // <http://www.gzt.ru/topnews/society/-poverh-barjerov-/154679.html>.

² Приложение N 3 к Приказу Министерства здравоохранения и социального развития Российской Федерации от 4 августа 2008 г. N 379н. Порядок разработки и реализации индивидуальной программы реабилитации инвалида (ребенка-инвалида) в ред. Приказа Минздравсоцразвития РФ от 16.03. 2009 г. N 116н // СПС «Консультант Плюс».

- В случаях, когда ближайшие родственники не в состоянии обеспечить уход за ребенком-инвалидом, часто не получается организовать альтернативный уход за счет привлечения более дальних родственников или за счет создания семейных условий для проживания ребенка в местном сообществе. Отдельные попытки создания подобных условий для проживания детей, оставшихся без попечения родителей (патронатные семьи, семейные детские дома), конечно, предпринимаются и нередко оказываются весьма успешными, но по сути никакой целенаправленной политики в отношении создания семейных условий именно для детей-инвалидов не ведется.

Решением этой проблемы могло бы стать серьезное материально-бытовое стимулирование семей, желающих воспитывать детей-инвалидов, оставшихся без попечения родителей, а также создание юридических предпосылок для развития альтернативных форм опеки и попечительства (частных детских домов, специализированных поселений и пр.).

- Очень часто встречается уклонение от исполнения требований к обеспечению условий для доступа инвалидов к транспортной инфраструктуре, доступа к местам общего пользования, культурным заведениям и другим социальным объектам. Зачастую оборудование пандусами производится лишь фактически¹.

Конечно, есть и радостные моменты, например, подписание Президентом РФ Указа «О создании Фонда поддержки детей, находящихся в трудной жизненной ситуации» 26 марта 2008 года². Этот Фонд функционирует уже 3 года, и в его рамках разработаны и реализуются множество программ, направленных на продвижение мероприятий для семей и детей, которые нуждаются в помощи и поддержке общества и государства. На финансирование программ и проектов в регионах за это время было направлено 1 652 771 тыс. руб. Одним из приоритетных направлений деятельности Фонда поддержки детей, находящихся в трудной жизненной ситуации, является социальная поддержка семей с детьми-инвалидами для обеспечения максимально возможного развития таких детей в условиях семейного воспитания, их социализации, подготовки к самостоятельной жизни и интеграции в общество³. Основной формой деятельности Фонда является софинансирование программ субъектов Российской Федерации, а также проектов муниципальных образований, государственных и муниципальных учреждений, российских некоммерческих организаций, направленных на решение проблем детского неблагополучия. Так, например, в прошлом году была разработана и получила право на финансовую поддержку федерального Фонда

¹ <http://www.hro.org>.

² О создании Фонда поддержки детей, находящихся в трудной жизненной ситуации: Указ Президента Российской Федерации от 26 марта 2008 г № 404 // СПС «Консультант Плюс».

³ <http://www.fond-detyam.ru>.

поддержки детей, находящихся в трудной жизненной ситуации, программа Вологодской области «Школа самостоятельности» на 2010-2012 годы. Ее цель - максимальное развитие потенциала ребенка-инвалида, проживающего в детском доме-интернате для умственно отсталых детей, подготовка его к самостоятельной жизни по достижении 18 лет¹. В городе Ханты-Мансийске для решения проблем, связанных с приспособлением среды для обеспечения инвалидам и маломобильным гражданам доступа к физическому окружению, транспорту, информации и связи, а также другим объектам и услугам, предоставляемым населению, будет реализовываться долгосрочная целевая программа «Безбарьерная среда» на 2010-2014 годы². Подобные программы стали разрабатываться и приниматься и в других регионах.

ЮНИСЕФ и его партнеры стремятся побудить все страны подписать Конвенцию. Это, в частности, защитит детей-инвалидов от дискриминации и поможет им стать полноценными членами общества³.

Кроме того, Россия присоединилась к факультативному протоколу Конвенции о правах ребенка, и это имеет особое значение в русле политики по защите прав детей. Этот документ конкретизирует меры, которые всем странам необходимо привлекать для недопущения использования детей в военных конфликтах. Эти мероприятия символизируют поддержку Россией международного сотрудничества в сфере прав человека и одновременно означают, что на нас теперь ложатся дополнительные обязательства - претворять эти договоренности в жизнь.

Присоединение РФ к Конвенции ООН о правах инвалидов способствует добросовестному выполнению всех наших планов, а также международных обязательств⁴. Тем не менее, для ратификации данной Конвенции России предстоит еще усовершенствовать механизмы защиты и реализации прав инвалидов. Необходимо планомерно проводить организационную работу, законодательно закреплять нормы, а по необходимости, и изменять уже существующие нормы по реализации прав людей с ограниченными возможностями.

Но нельзя не согласиться с Жаворонковым Р.Н. в том, что, несмотря на положительные концептуальные моменты, закрепленные в Конвенции, в ней присутствует и ряд дискуссионных положений, затрудняющих выработку действенного механизма ее реализации. Например, отсутствие однозначного толкования определений, критериев определения инвалидности позволяет предположить, что новеллы Конвенции в большей степени направлены на защиту прав только тех лиц с ограниченными возможностями (инвалидов), которые уже были подвергнуты

¹ Крайнева Н. совместно с департаментом труда и социального развития области. Надежная социальная защита // Красный Север. 2011. № 2 (26534).

² <http://www.admhmansy.ru>.

³ <http://www.dislife.ru/flow/theme/11175/#more>.

⁴ Молчанова Л. РФ приближается к ратификации Конвенции о правах инвалидов. // Коммерсантъ. 2010.

дискриминации и притеснениям, а не тех, которые могут быть подвергнуты этому в будущем.

Также Конвенция не уделяет должного внимания правам, гарантиям и защите прав и гарантий таким категориям лиц, которые являются членами семьи инвалида и осуществляют непосредственный уход за ним и обеспечивают его взаимодействие с социальными институтами общества. В тех же случаях, когда положения Конвенции непосредственно обращаются к семье, это обращение носит в большей степени декларативный характер и (или) возлагает обязанность на государство оказывать посильную помощь семьям в их усилиях осознать, что права лиц с ограниченными возможностями (инвалидов) должны быть защищены их усилиями.

Кроме того, Конвенция смешивает гражданские и политические права с экономическими, социальными и культурными правами не только в пределах его полной структуры, но также и в пределах его отдельной системы правил. Такое смешение приводит к затруднительной реализации положений Конвенции и выработке отдельным государством действенных механизмов по обеспечению прав и защите прав инвалидов¹. И все же отрицать значимость Конвенции неразумно; ее написание - большой шаг на пути создания мирового сообщества, где все люди равны в правах.

Особое место в международной системе защиты прав инвалидов на региональном уровне занимает Совет Европы. Основным инструментом правозащитной деятельности Совета Европы, без сомнения, является Европейская Конвенция о защите прав человека. В ней непосредственно не выделяются инвалиды в качестве отдельной социальной категории, нуждающейся в защите, но ее положения, в частности, статьи, гарантирующие защиту от дискриминации и устанавливающие ряд других прав и свобод, оказали большое влияние на положение инвалидов в европейском обществе. Случаи рассмотрения Европейским Судом жалоб по фактам нарушения прав инвалидов пока сравнительно немногочисленны, однако они имеют огромное общественное значение. Несмотря на то, что прямого указания на инвалидность как на основание, по которому запрещается проводить ограничение прав и свобод, Европейская Конвенция не содержит, декларируемый ею общий принцип запрета дискриминации распространяется в правоприменительной практике и на людей с ограниченными возможностями². Решения Европейского суда в защиту прав российских граждан с инвалидностью в

¹ Жаворонков Р.Н. Дискуссионные проблемы Конвенции о правах инвалидов // Актуальные проблемы права России и стран СНГ 2010: материалы XII Международной научно-практической конференции с элементами научной школы. Ч. II. Теория и история государства и права. Трудовое и социальное право [Юридический факультет Южно-Уральского государственного университета 1-2 апреля 2010г.]. Челябинск, 2010. 284 с.

² Пинел Х. Роль Совета Европы в защите прав инвалидов. Аналитическая записка. Система реабилитационных услуг для людей с ограниченными возможностями в РФ. Барселона - Москва, 2008.

основном связаны с делами о нарушении прав лиц с психическими расстройствами¹. К сожалению, обращение граждан - инвалидов в ЕСПЧ для России пока большая редкость.

Другим важным документом Совета Европы является Европейская социальная хартия 1961 г.². Она существенно расширила перечень социальных прав человека, обеспечиваемых в соответствии с Европейской Конвенцией, а также закрепила эти права за людьми с ограниченными возможностями.

В отличие от Европейской Конвенции о защите прав человека, Хартия включает целый ряд положений, которые непосредственно обращаются к проблематике обеспечения прав людей с ограниченными возможностями. Параграф 15 части I Хартии гласит: *«Инвалиды имеют право на независимость, социальную интеграцию и участие в жизни общества»*. Непосредственно, как особая социальная группа, инвалиды упоминаются и во многих последующих статьях документа (Часть II), закрепляющих различные социальные права и устанавливающих соответствующие обязанности для стран-членов. Разумеется, в равной степени относятся к инвалидам и все остальные положения Хартии. В статье 9, относящейся к числу статей, регулирующих права в сфере занятости (право на профессиональную ориентацию), содержится конкретное указание на инвалидов как на одну из социальных групп, которым государства обязуются бесплатно оказывать помощь в решении проблем, связанных с выбором профессии или повышением профессионального уровня. Аналогичное указание действует в отношении права на профессиональную подготовку (статья 10). При этом государства-участники Хартии обязаны обеспечить людям с ограниченными возможностями защиту от дискриминации и от увольнения.

Европейская социальная хартия в ее пересмотренной редакции выполняет роль ориентира для выработки экономической и социальной политики стран-членов и является важным инструментом защиты и поощрения социальных прав³.

Вопросам обеспечения прав инвалидов уделяется пристальное внимание на многочисленных международных совещаниях, заседаниях и конференциях, активным участником которых является Россия. В частности, постоянной, весьма актуальной для России темой обсуждения на заседаниях Конгресса местных и региональных властей Европы является обеспечение доступности городской инфраструктуры.

¹ Например, Постановление Европейского суда по правам человека от 27.03.2008. «Дело «Штукатуров против Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

² Европейская социальная хартия от 16 октября 1961г. (в ред. от 3 мая 1996) // СПС КонсультантПлюс.

³ Комиссар Совета Европы по правам человека // Права человека и инвалидность: равные права для всех и каждого. 2008. 2.

Разумеется, пройдет еще немало времени, прежде чем Россия начнет в полной мере использовать все наработки Совета Европы в области защиты прав инвалидов.

В завершение необходимо отметить, что принятие Конвенции о правах инвалидов является действительно грандиозным прорывом в обеспечении и защите прав инвалидов и членов их семей. Разработка, принятие и вступление в силу Конвенции ООН о правах инвалидов внесли надлежащий вклад в защиту и поощрение прав этой наиболее обездоленной группы населения. Теперь у людей с ограниченными возможностями появился действенный элемент защиты своих прав, поскольку существовавшие ранее международные правовые механизмы в недостаточной мере и не систематически рассматривали вопросы защиты прав инвалидов. Принятие Конвенции и установление механизма ее выполнения восполнили этот серьезный недостаток и в значительной мере восстановили справедливость на международно-правовом уровне по отношению к инвалидам.

Но энтузиазм по поводу Конвенции должен быть соотнесен с реализмом и целенаправленной социальной, культурной и экономической стратегией каждого государства и мирового сообщества в целом. Россия приближается к международным стандартам в области защиты прав и интересов людей с ограниченными возможностями, однако потенциал инструментов защиты прав инвалидов еще не используется в полной мере.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ ФЕДЕРАЛЬНОЙ ИНСПЕКЦИЕЙ ТРУДА

Матвеева Кристина Игоревна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Маргацкая Надежда Афанасьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В соответствии со ст. 354 ТК федеральная инспекция труда - единая централизованная система, состоящая из федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на проведение государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и его территориальных органов (государственных инспекций труда). Одним из основных государственных органов,

обеспечивающих защиту законных прав граждан в сфере труда, является федеральная инспекция труда Федеральной службы по труду и занятости, в состав которой входят территориальные органы: государственные инспекции труда субъектов РФ и межрегиональные государственные инспекции.

Полномочия органов федеральной инспекции труда в соответствии со ст. 356 ТК можно разделить на несколько групп. К первой группе нужно отнести полномочия, обеспечивающие выявление нарушений трудового законодательства и восстановление нарушенных трудовых прав. Вторая связана с обеспечением безопасных условий и охраны труда. Третья группа полномочий направлена на выполнение функций координации и прогнозирования. Четвертая группа включает обязанности, связанные с пропагандой трудового законодательства.

По официальным данным в 2010 году в Федеральную службу по труду и занятости поступило 11053 обращений граждан. За последние три года прослеживается значительное увеличение количества обращений граждан. Увеличение количества поступивших в Роструд обращений граждан в 2010 году по сравнению с прошлыми периодами говорит как о повышении социальной активности граждан страны, так и об увеличении случаев нарушений трудового законодательства со стороны недобросовестных работодателей, а также о возрастании проблемы занятости населения.

Таким образом, вопрос о федеральной инспекции труда и некоторых проблемах в ее деятельности является особенно актуальным на данный момент. Мы отметим некоторые проблемы защиты трудовых прав федеральной инспекцией труда.

Во-первых, наблюдается рост численности небольших организаций, что ведет к увеличению количества работодателей и затрудняет инспектирование, так как количество государственных инспекторов труда незначительно. То есть, число работодателей растет, а штатная численность трудовой инспекции не изменяется, что не может не отражаться на качестве и количестве проводимых проверок. Так, по данным Государственной инспекции труда в Ярославской области, общая численность зарегистрированных на территории Ярославской области работодателей на первый квартал года составила 74,3 тыс., а на второй - уже 75,16 тыс. В результате проводимые инспекцией проверки охватывали 0,58% и 0,52% соответственно от общей численности, зарегистрированных на территории Ярославской области работодателей.

Сапфинова А.А. отмечает, что поручая инспекторам труда функцию рассмотрения целевых обращений (жалоб работников), законодатель тем самым фактически препятствует выполнению основной формы реализации функции защиты - государственному надзору (комплексные и тематические проверки). Инспекторы вынуждены выступать в качестве

фактического посредника между работником и работодателем, пытаюсь восстановить нарушенные трудовые права работника, не доводя дело до суда и тем самым не испортив показатели своей работы. В силу огромного количества обращений работников инспекторы труда не в состоянии реализовать в полном объеме плановые полномочия по предупреждению нарушений трудовых прав. В такой ситуации ущерб наносится прежде всего публичным интересам¹.

По нашему мнению, компетенцию федеральной инспекции труда необходимо "развернуть" таким образом, чтобы главное ее предназначение - предупреждение правонарушений и последующая защита нарушенных трудовых прав - было реализовано в полной мере. Для этого важно акцентировать деятельность инспекции именно на охране трудовых прав, сконцентрировав ее на проведении комплексных проверок, в том числе на расследовании и учете несчастных случаев на производстве, и по результатам проведения только этих проверок выдавать предписания об устранении нарушений трудовых прав, то есть осуществлять их защиту.

Позволим себе предположить, что законодатель старался максимально учесть профессионализм государственных инспекторов труда и потому предоставил государственной инспекции труда полномочия органа по урегулированию трудовых разногласий. Это свидетельствует о том, что законодатель предоставил квалифицированную помощь судебным органам в защите трудовых прав в лице Федеральной инспекции труда.

Безусловно, бывают ситуации, когда достаточно трудно определить, законно или нет увольнение работника. Инспектор труда не обладает всем арсеналом правовых средств, способных выявить незаконное увольнение. В этих случаях необходимо обращаться в суд. Между тем возникают и такие ситуации, когда очевидно нарушение трудовых прав работника. Зачем же использовать судебную форму защиты, если можно восстановить нарушенное право работника практически немедленно? Тем более что цель деятельности суда и Федеральной инспекции труда едина - восстановить нарушенное трудовое право.

Во-вторых, Споры о восстановлении на работе рассматриваются и разрешаются непосредственно в судах (статья 391 Трудового кодекса Российской Федерации). Тем не менее анализ статей 83 и 193 Трудового кодекса Российской Федерации показывает, что Федеральная инспекция труда также имеет право восстановления работника на работе. Только это право инспекция проявляет в виде требования отмены незаконного приказа работодателя об увольнении работника. В соответствии со статьей 234 Трудового кодекса только суд может потребовать от работодателя выплаты среднего заработка за время вынужденного прогула, если он не выплачен работодателем добровольно до вынесения судебного решения.

¹ Сафирова А.А. Федеральная инспекция труда и государственный трудовой арбитраж: соотношение компетенции // Трудовое право. 2009. № 9.

Таким образом, государственный инспектор труда не вправе в предписании требовать возмещения среднего заработка за время вынужденного прогула¹.

На наш взгляд, представляется обоснованным мнение о том, что законодатель необоснованно "устранил" Федеральную инспекцию труда от возможности требовать возмещения среднего заработка за время вынужденного прогула. В результате возникает такая ситуация, в которой Федеральная инспекция труда не доводит до логического конца процесс урегулирования разногласия по поводу издания незаконного приказа об увольнении работника. Работник впоследствии все равно вынужден обращаться в суд с иском о возмещении среднего заработка за время вынужденного прогула или с заявлением о выдаче судебного приказа (на основании справки из бухгалтерии о невыплаченных суммах). В этом случае неоправданно затягивается восстановление нарушенного субъективного трудового права работника. Полагаем, следует предоставить государственным инспекторам труда (наряду с судом) возможность требовать в предписании возмещения ущерба, причиненного работнику в соответствии со статьями 234, 236 Трудового кодекса Российской Федерации. Это не будет вмешательством в компетенцию суда, поскольку вытекает из существа трудового разногласия.

В-третьих, в Трудовом кодексе Российской Федерации не урегулирован вопрос о сроках исполнения предписания государственного инспектора труда, в том числе и в случае требования отмены незаконных приказов работодателя об увольнении работника. Попутно отметим, что ни Трудовой кодекс Российской Федерации, ни Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях не содержат нормы, отражающей правовую природу такого акта, как предписание. Не определяется не только сущность предписания, но и сроки его исполнения. Между тем в статье 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях устанавливается административная ответственность за невыполнение в установленный срок законного предписания (постановления, представления, решения) органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор (контроль), об устранении нарушений законодательства².

Нам представляется актуальным предположение о том, что в Трудовом кодексе Российской Федерации и в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях отдельными статьями необходимо узаконить такую форму акта об устранении нарушений, как предписание, и закрепить срок устранения, в частности, до 1 месяца,

¹ Сафирова А.А. Федеральная инспекция труда: орган по рассмотрению и разрешению трудовых споров или орган по урегулированию трудовых разногласий? // Трудовое право. 2008. № 2.

² Сафирова А.А. Федеральная инспекция труда: орган по рассмотрению и разрешению трудовых споров или орган по урегулированию трудовых разногласий? // Трудовое право. 2008. № 2.

поскольку восстановление нарушенных трудовых прав или законных интересов в сфере труда в большинстве случаев требует скорейшего исполнения предписания. Так, если имеет место требование отмены незаконного приказа об увольнении или переводе, то, очевидно, предписание должно быть исполнено немедленно.

В-четвертых, в Трудовом кодексе Российской Федерации не закреплен срок давности обращения в государственную инспекцию труда за восстановлением нарушенного субъективного трудового права. Коль скоро Трудовой кодекс Российской Федерации умалчивает об этом, государственный инспектор труда полномочен устранить нарушение субъективного трудового права работника независимо от времени совершения нарушения.

В целях устранения данного пробела Т.Я. Хабриева, например, предлагает установить для всех органов исполнительной власти срок давности обращения 3 года со дня, когда гражданину стало известно о нарушении его права, об отказе органа или должностного лица в удовлетворении его требований¹.

Однако, с нашей точки зрения стоит согласиться с высказыванием о том, что законодатель вряд ли пребывает в неведении относительно необходимости закрепления срока давности обращения в Федеральную инспекцию труда. Скорее, он намеренно сохраняет данный пробел в законодательстве и не отражает данный срок в нормах Кодекса с тем, чтобы нарушенные субъективные трудовые права были восстановлены в любых случаях.

В-пятых, в литературе на основании исследования понятий «контроль» и «надзор» и анализа полномочий федеральной инспекции труда, делается вывод, что основной формой защиты трудовых прав со стороны федеральной инспекции труда является государственный надзор за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права. Закрепленная же законодателем с 1994 г. такая форма защиты, как государственный контроль, федеральной инспекцией труда совершенно не используется. Таким образом, считается необходимым внести изменения в гл. 57 Трудового кодекса РФ в части, исключающей полномочия государственного контроля со стороны федеральной инспекции труда, ограничив последнюю полномочиями на проведение государственного надзора².

Подводя итоги, хочется сказать, что анализ данных проблем и

¹ Хабриева Т.Я. Право граждан на обращения: проблемы правового регулирования // Права человека в России и правозащитная деятельность государства: сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции [12 мая 2003г.] / под ред. В.Н. Лопатина. СПб.: Юридический центр "Пресс", 2003. С. 60.

² Кошелев Д.А. Федеральная инспекция труда: государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства // Трудовое право. 2009. № 12. С. 107 - 111.

тенденций является необходимым этапом в совершенствовании деятельности по защите трудовых прав федеральной инспекцией труда.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Мелещук Ирина Александровна,
студентка 2 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Елена Ивановна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой
трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Глобализация социальной жизни и мировой экономики выдвигает на первый план проблемы труда, его правового обеспечения и унификации правовых режимов в сфере трудовых отношений. Данная проблема является актуальной практически для всех государств.

Значительным достижением XX века стало провозглашение на международном и национальном уровнях права на труд и создание системы защиты трудовых прав на уровне международного права (путем принятия соответствующих конвенций) и на уровне международного частного права (путем закрепления соответствующих норм в национальном законодательстве).

Термин «международные стандарты прав человека» часто встречается в научной юридической литературе наряду с похожими понятиями «общепризнанные принципы и нормы международного права», «общепризнанная концепция прав и свобод человека» и др. Необходимо определить, в чем суть данного понятия. Речь, по-видимому, идет о нормах и положениях глобальных и региональных международных документов по правам человека, которые со временем стали учитываться государствами во внутреннем праве и правоприменении. Такие предложения стали рассматриваться как общепризнанные демократические стандарты в области прав человека.

Верховный Суд РФ разъяснил, что под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам

международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного¹. Но это определение Верховного Суда РФ характеризуется специалистами по конституционному праву как слишком расплывчатое, для того чтобы его можно было применить на практике, и данная норма Конституции РФ не может быть признана эффективно работающей (за исключением ситуации с официально ратифицированными международными договорами)².

На международном уровне сначала был применен термин «стандартные правила». Это было сделано в Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными, принятых Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями в 1955 году в Женеве. Под ними понимались нормы, которые на основе общепризнанных достижений современной мысли обычно считаются правильными с принципиальной и практической точек зрения. С. М. Ягофаров отметил, что «в этих стандартах воплощены те общечеловеческие ценности, которые необходимы для достойного развития человека, обеспечения его прав и законных интересов. Они выражают опыт развития человечества, его поиск оптимальных форм жизни людей в цивилизованном мире»³.

Существенным моментом в понятии международных стандартов прав человека является, на наш взгляд, то, что они не просто закрепляют перечень общепризнанных прав и свобод, но и устанавливают их объем, минимальный уровень, на котором должны эти права реализовываться. Поэтому реализация стандартов требует создания соответствующих международных и внутригосударственных механизмов.

Стандарты «адресуются в первую очередь государствам, которые, обладая реальной властью и силой, в состоянии обеспечить уважение к правам человека и несут ответственность перед своим народом, перед международным сообществом за соблюдение прав человека⁴». Международные стандарты прав человека должны трансформироваться в национальные законодательства, определяя тот уровень, ниже которого

¹ О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 // Бюллетень ВС РФ. 2003. № 12.

² Конституция Российской Федерации: научно-практический комментарий / под ред. Ю.А. Дмитриева. М.: Юстицинформ, 2007. С. 214.

³ Ягофаров С. М. Международные стандарты по правам человека и российское уголовное судопроизводство: учеб. пособ. / под ред. А. П. Гуськовой. Оренбург: Издательский центр ОГАУ, 2006. С. 91.

⁴ Практика применения права судами Кыргызской Республики Т.1: сб. лекций. Б.: PremierLTD, 2006. С. 40.

цивилизированные государства опускаться не могут. В связи с тем что юридические, социальные, экономические и географические условия в мире различны, не все стандарты можно применять повсеместно и одновременно.

На основе таких подходов в науке сложилась точка зрения, согласно которой международные стандарты прав человека - это нормы современного международного права, предусматривающие такие общедемократические требования и обязанности государств, которые они должны (с учетом особенностей своего общественного строя, национального развития и т.п.) воплотить и конкретизировать в своих системах. В науке нет единого мнения по поводу того, насколько приемлем термин «стандарты» для обозначения норм международных документов в сфере прав и свобод человека. В пользу этого термина говорит то, что «эти документы не наделяют отдельных лиц, группы лиц, население какими-либо правами. Их задача - либо побудить, либо обязать государства предоставить соответствующим лицам и коллективам определенные права и свободы и обеспечить их осуществление с помощью социальных и правовых средств, которыми государства располагают»¹.

Кроме того, стандарты распространяются не только на права и свободы. Так, А.В. Стремоухов выделяет 2 группы международных стандартов в области прав человека - это права и свободы человека и ограничения прав. Необходимо дополнить, что стандарты также определяют основные обязанности, которые составляют неотъемлемую часть правового статуса личности, а также принципы, на которых он базируется. Стандарты также существуют в отношении запретов нарушения прав, например недопустимости дискриминации, пыток.

Однако другие исследователи считают, что термин «стандарты» применительно к обязательствам в сфере прав человека не вполне корректен. Данная позиция аргументируется тем, что под стандартом обычно понимается типовой «образец, эталон, модель, принимаемые за исходные для сопоставления с ними других подобных объектов», им должно соответствовать что-либо по своим признакам, свойствам, качествам. В этом смысле нормы по правам человека едва ли можно считать эталоном, поскольку в них положения, относящиеся к тому или иному правомочию человека, регулируются, как правило, в самом общем виде. Государства регламентируют правовой статус личности самым общим образом, оставляя за национальным законодателем право уточнять и детализировать данные положения, вписывая их в уже существующую систему национального права. И в этом смысле говорить о стандартах по правам человека, т.е. о полном совпадении правового статуса личности, не приходится.

¹Практика применения права судами Кыргызской Республики Т.1: сб. лекций. Б.: PremierLT, 2006. С 40.

Данная позиция представляется не вполне обоснованной, т.к. из понимания стандарта как образца, эталона, модели для сравнения вовсе не вытекает необходимость полного соответствия национально-правового статуса личности международному стандарту. Он скорее представляет собой ориентир, цель, к которой должны стремиться государства в процессе обеспечения прав человека. Кроме того, данный термин очень широко применяется в научной литературе и даже в международных документах по правам человека и разногласий по поводу его толкования пока нет¹.

Таким образом, исходя из изложенного, под международными стандартами защиты трудовых прав понимается принятые на международном уровне правила, требования, принципиальные положения относительно гарантий реализации, обеспечения, охраны и защиты трудовых прав граждан, направленные на совершенствование деятельности государств как внутри страны, так и на международном уровне.

На международно-правовом уровне большое значение в развитии международного регулирования труда имеют Всеобщая декларация прав человека², Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах³, Конвенции Международной организации труда (далее МОТ), Международный пакт о гражданских и политических правах. Исследовав указанные акты, можно условно разделить сферы регулирования на 2 составляющих: защиту трудовых прав человека и гражданина и защиту трудовых прав отдельных категорий граждан и работников. Так, защите трудовых прав отдельных категорий наибольшее внимание уделено актами МОТ.

На основе указанных актов сложилась как универсальная международно-правовая система, направленная на регулирование и защиту трудовых (а также социальных, культурных, политических и гражданских) прав граждан, так и региональная система в рамках Совета Европы, Европейского Союза, Содружества Независимых Государств.

Статья 8 Всеобщей декларации прав человека от 10.12.1948 предусматривает право на его эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения основных прав, предоставленных ему конституцией или законом. Декларацией предусмотрен лишь судебный порядок защиты нарушенных прав граждан, что негативно могло отразиться на обеспечении прав граждан.

Международный пакт о гражданских и политических правах от 16.12.1966, уточняющий и углубляющий права, перечисленные во

¹Оганесян С.М. Понятие международных стандартов прав человека // Международное публичное и частное право. 2008. № 2. С.19.

² Международные акты о правах человека: сб. документов. М.: ИНФРА-М – НОРМА, 2000. С. 39.

³ Там же. С. 44.

Всеобщей декларации, в п. 3 ст. 2 части 2 предусматривает обеспечение эффективной правовой защиты компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом, предусмотренным правовой системой государства, развития возможности судебной защиты. Таким образом, Международный пакт существенно расширил возможные способы защиты прав граждан, предусмотрев альтернативные судебной защите способы обеспечения прав, однако данные способы исключают самозащиту трудовых прав работниками.

В ряде конвенций МОТ предусмотрена защита работников профессиональными союзами. Так, ст. 10 Конвенции МОТ № 87 «О свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы» определяет целью деятельности профсоюзов - обеспечение и защиту интересов работников или работодателей. В ст. 2 Конвенции МОТ № 98 «О применении принципов права на объединение в профсоюзы и на ведение коллективных переговоров» предусмотрено право организации работников и работодателей пользоваться надлежащей защитой против любых актов вмешательства со стороны друг друга или со стороны их агентов или членов в создание и деятельность организаций и управление ими. Под термин «надлежащая защита» подпадают различные способы и формы защиты, что не ограничивает работников и их представителей в выборе наиболее оптимальных средств защиты.

В Европейской Конвенции по правам человека от 04.11.1950 сделан акцент на судебную защиту. Из положений Конвенции прямо не следует, что трудовые права подпадают под ее сферу действия. Однако, исходя из концепции автономного толкования судьями Европейского суда ст. 6 «Право на справедливое судебное разбирательство» и ст. 13 «Право на эффективное средство правовой защиты», возможна защита трудовых прав граждан и иных, тесно связанных с ними.

Статья 24 Европейской социальной хартии (далее Хартия) от 03.05.1996 «Право на защиту в случае увольнения» предусматривает возможность апелляции к независимому органу. В данном случае обеспечение прав граждан не ограничивается судебной защитой, однако «независимый орган» предполагает наличие уполномоченного, властного субъекта правоотношений, наделенного определенной компетенцией.

Что касается статьи 25 Хартии «Право работников на защиту их претензий в случае неплатежеспособности работодателя», то в ней речь идет об обеспечении гарантий соответствующим институтом либо любой другой действенной формой защиты. Термин «действенная форма защиты», безусловно, существенно расширяет количество способов защиты, однако, учитывая, специфику данной статьи и нормы российского законодательства, такой формой может быть лишь судебная защита.

Статьей 2 Конституции РФ закреплена обязанность государства - признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Таким образом, человек, его права и свободы являются высшей ценностью государства. Гарантия государственной защиты прав, свобод и законных интересов человека и гражданина закреплена в ч. 1 ст. 45 Конституции РФ. В части 2 названной статьи определено, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001¹ в ст. 352 устанавливает основные способы защиты трудовых прав и свобод:

- самозащита работниками трудовых прав;
- защита трудовых прав и законных интересов работников профессиональными союзами;
- государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права;
- судебная защита.

Таким образом, проанализировав основные международно-правовые акты в области прав и свобод человека и сопоставив с действующим российским законодательством, можно сделать следующие выводы.

Во-первых, способы защиты, предусмотренные ТК РФ, соответствуют международным стандартам защиты трудовых прав, однако не все из указанных способов урегулированы международными актами.

Во-вторых, самозащита трудовых прав граждан (совершаемые стороной трудового договора действия (бездействие) с целью устранения нарушения, допущенного другой стороной этого договора, с использованием форм (способов), не противоречащих законодательству) не нашла своё отражение в международно-правовых актах, что не может положительно сказаться на регулировании данного способа защиты трудовых прав.

В-третьих, отсутствие международных стандартов, охватывающих способы и формы защиты, в данном случае затрудняет развитие института самозащиты, так как стандарты обозначают определенные рамки правового регулирования, обеспечивающие и гарантирующие реализацию и защиту прав и свобод граждан, а так же надлежащее исполнение обязанным субъектом, возложенных на него обязанностей.

В-четвертых, существенным недостатком рассмотренных международных правовых актов является отсутствие механизма реализации стандартов защиты и четко сформулированных способов и форм защиты прав граждан. С другой стороны, указанное обстоятельство позволяет на национальном уровне решить вопрос о наиболее

¹ Трудовой кодекс РФ от 30.12.2001г. N 197-ФЗ // Российская газета. 2001. № 256. 31 декабря.

эффективном механизме защиты с учетом особенностей законодательства конкретного государства.

К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ ОТМЕНЫ ТРУДОВЫХ КНИЖЕК

Павельчук Илона Анатольевна,
студентка 2 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Елена Ивановна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой
трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Трудовая книжка в РФ является основным документом о трудовой деятельности и трудовом стаже работника (ст. 66 ТК РФ). Это важный документ, который может очень многое сказать работодателю о потенциальном соотруднике.

Однако вполне вероятно, что скоро трудовая книжка может уйти из практики.

В связи с заявлением в октябре 2006 года главы комитета по труду и социальной политике Государственной Думы А.К. Исаева о возможности отмены трудовых книжек в России к 2014 году, я сочла необходимым рассмотреть данный вопрос.

По мнению А.К. Исаева, трудовая книжка раньше выступала в качестве инструмента борьбы с тунеядством и на сегодняшний момент лишь мешает трудиться российским гражданам, усложняя их и без того непростые отношения с работодателем.¹ Депутат предлагает обратиться к западному опыту в этой сфере. На Западе трудовых книжек нет. Там от поступающего на работу требуется удостоверение личности, диплом, подтверждающий квалификацию, резюме и рекомендации с предыдущего места работы. По замыслу А.К. Исаева, этих документов вполне достаточно при приёме на работу. Причём соответствующие поправки необходимо внести в Трудовой Кодекс РФ.

Выдвинутое предложение об отмене трудовых книжек вызвало оживлённые споры. В самом деле – необходим ли этот документ сегодня? И что изменится, если трудовой книжки не будет?

¹ Таратута Ю. Трудовые книжки сдают в макулатуру [электронный ресурс] // Коммерсантъ <http://www.kommersant.ru/doc/714513?isSearch=True>.

Никакой замены для трудовой книжки на сегодняшний момент не предлагается. В этом случае с работодателя автоматически снимается обязанность по ведению учёта деятельности работников. Работнику же придётся хранить кипу трудовых договоров со всеми изменениями к ним и ходить с ними на собеседования. Из трудового договора работодатель может узнать многое о будущем сотруднике. Например, название компании, где он трудился, должность, которую он занимал, уровень оплаты его труда. Единственное, что невозможно установить из трудового договора – это причины увольнения работника. А эта информация представляет немалый интерес для потенциального работодателя.

Сегодня основания увольнения указываются в индивидуальном либо коллективном приказе о прекращении трудового договора с работниками (формы № Т-8 и Т-8а), в личной карточке работника (форма № Т-2), которые хранятся у работодателя, также вносится запись в трудовую книжку, которая выдаётся при увольнении работнику под роспись. Обязанность осуществлять данные действия позволяет максимально соблюсти права сторон трудовых отношений.

Какие же документы при увольнении в случае отмены трудовых книжек получит на руки работник? Максимум, заверенную копию приказа об увольнении, при наличии хороших отношений с работодателем. А в случае трудового спора даже и этот документ работнику получить будет проблематично. Зачастую работодатели пренебрегают предписанием закона и отказываются выдавать работнику трудовую книжку, не боясь при этом существенных санкций, предусмотренных законодательством. Например, обязанности возместить работнику неполученный им заработок за весь период задержки работодателем выдачи работнику трудовой книжки (ст. 234 ТК РФ); выплатить указанные суммы с уплатой денежной компенсации (ст. 236 ТК РФ). Также за нарушение трудового законодательства предусмотрено наложение на работодателя штрафа в размере от тысячи до пятидесяти тысяч рублей (ст. 5.27 КоАП РФ).

На сегодняшний момент по трудовой книжке возможно отследить профессиональный опыт и трудовой стаж работника. Многие работники своим безупречным трудом достигают высот, которые отражаются прежде всего в трудовой книжке. Работодатели повышают работников по службе, объявляют благодарности, вручают грамоты, поощряют за труд и весомые достижения. Работники заслуженно гордятся этим документом, который они в дальнейшем могут предъявить другому работодателю. В трудовую книжку также вносятся сведения о повышении квалификации. Если книжки отменяют, отражать эти изменения будет просто негде. Благодаря трудовой книжке все поощрения работника известны. И, наоборот, из трудовой книжки видно, был ли работник уволен по неблагоприятной причине. А это даёт определённое представление о будущем сотруднике.

По сути, трудовая книжка выступает в роли своеобразной характеристики работника.

При её отмене работодателю предлагается не вдаваться в ненужные подробности увольнения работника с предыдущих мест работы, даже если основанием к увольнению были прогул или появление на работе в состоянии алкогольного или наркотического опьянения. При выяснении обстоятельств увольнения работодателю придётся полагаться на резюме соискателей и искренность их слов. Но резюме чисто формальные документы, все знают, как они пишутся.

Дипломы и сертификаты отражают квалификацию работника также неполно. В них указаны полученное образование и приобретённая специальность. Но не говорится ничего о трудовом опыте применения этих знаний. Не поможет в этом случае и испытательный срок, особенно когда речь идёт о высококвалифицированных специалистах, которым сразу же придётся приступить к весьма сложным и ответственным обязанностям.

Ещё один документ, по которому работодатель сможет составить профессиональный портрет будущего работника – это рекомендации с предыдущих мест работы. Из этого документа можно получить информацию о профессиональных и психологических характеристиках претендента. Но за достоверность сведений, указанных в рекомендации, ответственности никто не несёт, и чаще всего они необъективны. К тому же отсутствие рекомендаций с прежних мест работы не повод для отказа в приёме на работу, т.к. их нет в списке документов, которые работодатель вправе требовать от работника при приёме на работу. В этом случае о будущем сотруднике возможно будет узнать только те сведения, которые он сам захочет рассказать. Потенциальный работодатель может сделать запрос о работнике по месту его предыдущей работы. Но в этом случае действовать ему нужно будет очень осторожно, так как могут быть нарушены нормы закона о защите персональных данных.

В настоящее время учётом страхового стажа для начисления пенсий занимается Пенсионный Фонд РФ. Однако трудовая биография работника до 1 января 2002 года по-прежнему содержится в трудовой книжке. Работник отдела кадров не сможет уточнить стаж работника без трудовой книжки. А запрос работодателя в Пенсионный Фонд ни к чему не приведёт – данные индивидуального лицевого счёта работника являются служебной тайной. В случае же конфликта работника с Пенсионным Фондом, например, по причине отсутствия в Фонде сведений о трудовой деятельности, осуществляемой данным работником с десятков лет назад, какие документы должен предоставить работник в качестве подтверждения рабочего стажа? Наличие только трудового договора существенно повышает риск злоупотреблений. Ведь в соответствии со ст. 67 ТК РФ трудовой договор не обязательно должен содержать печать работодателя, достаточно только подписи сторон. Такой трудовой договор

можно будет изготовить позже реальной даты исполнения трудовых обязанностей, особенно если принять во внимание то количество юридически лиц, которые ежедневно прекращают свою деятельность при отсутствии надлежащим образом оформленного архива документов. Принести пачку трудовых договоров в пенсионный фонд сможет любой, а определить из всего этого настоящие документы сможет далеко не каждый инспектор. Кроме того, не исключено, что подделки будут приниматься как настоящие документы, а реальные будут признаны подложными.¹ В этой ситуации с подтверждением трудового стажа работодателем могут возникнуть неразрешимые проблемы.

Сегодня существует пенсионное удостоверение, пенсию могут начислить и без трудовых книжек. Но дело не только в пенсиях. Если обратиться к судебной практике о незаконных увольнениях, о подтверждении трудовых отношений, то можно заметить, что для таких действий трудовая книжка – весомый документ. Все основные трудовые правоотношения фиксируются именно в ней. В трудовую книжку вносятся и поощрения, и взыскания в форме причины увольнения. Это в свою очередь имеет большое значение и для их подтверждения, и для их обжалования. А запись о привлечении к административной ответственности и лишении права занимать определённые должности вообще не даёт права принимать такого сотрудника на данную работу. При отмене трудовой книжки невозможно будет установить данный факт, а работник вряд ли будет демонстрировать при приёме на работу приговор или постановление суда.

А.К. Исаев предложил отменить трудовую книжку ещё и в связи с тем, что потеряет актуальность дискриминация внешних совместителей. В настоящее время работа по совместительству в обязательном порядке не отражается в трудовой книжке, только по желанию работника в трудовую книжку может быть внесена запись об этом. Уже сам по себе этот факт делает таких работников в какой-то степени сотрудниками «второго сорта». Зачастую на совмещаемой работе им не предоставляют законных льгот и привилегий, лишают социального пакета, положенного основным работникам.² Совместителей увольняют, как только на занимаемое ими место найдется постоянный работник (ст. 288 ТК РФ). С отменой трудовой книжки грань между основными работниками и работниками-совместителями будет стерта. Просто будет однородный состав сотрудников, одни из которых работают на условиях полного, а другие неполного рабочего времени. На мой взгляд, целесообразнее было бы внести изменения в главу 44 ТК РФ о статусе совместителей, в частности в

¹ Щербань В. Работа без трудовой // Конкурент <http://www.konkurent.ru/list.php?id=1309>.

² Петрова С. И. Что ждёт от отмены трудовых книжек? // Кадровое дело <http://www.ipnpu.ru/article.php?idarticle=002992>.

ст. 288 ТК РФ, чем отменять трудовую книжку, и таким образом косвенно повлиять на этот вопрос.

С трудовой книжкой связаны не только нормы трудового права, которые при её отмене придётся корректировать. Изменения коснутся и многих других норм законодательства. На данный момент, например, трудовая книжка необходима при оформлении загранпаспортов. Ведь основанием для проверки лиц, оформляющих загранпаспорта, является информация из трудовой книжки. По сведениям, содержащимся в Пенсионном Фонде РФ и в рекомендательных письмах невозможно сделать вывод о допуске работника, например, к государственной тайне. Следовательно, под удар попадает государственная безопасность страны. В нормах законодательства о социальной помощи трудовая книжка также присутствует как важный нормативный документ.

Актуальность трудовой книжки постепенно снижается. Однако на сегодняшний день отказаться от её использования не представляется возможным и целесообразным. На данный момент незачем ломать сложившуюся десятилетиями практику применения трудовых книжек. Пусть она не идеально, но стабильно и на высоком уровне обеспечивает сегодня сохранение равновесия между сторонами трудовых отношений. Тем не менее необходимость модернизации трудовой книжки есть уже и сейчас.

В западных странах есть сеть информационных ресурсов, позволяющая вести учет необходимой информации о трудовой деятельности людей. В США, например, есть специальный сайт, где можно проверить рабочую историю любого специалиста. У работодателя сразу исчезает необходимость в трудоемкой процедуре оформления трудовых книжек. Но пока в России система поддержки данных о рабочем стаже вообще не развита. Предварительно придется решить целый ряд практических и правовых вопросов: каким образом будет собираться и храниться электронная информация о стаже работника, кто будет иметь доступ к таким данным и многое другое.¹

На мой взгляд, в России полностью отказаться от такого документа, как трудовая книжка, не получится. Наиболее адекватна замена трудовой книжки в будущем на электронный носитель, а также создание официальной единой электронной базы данных, позволяющей получать и хранить сведения о каждом работнике и работодателе, и обеспечение доступа к ней как работодателей, так и работников. Но пока в России не сформирована подобная единая база, отмена трудовых книжек преждевременна.

¹ Щербань В. Работа без трудовой [электронный ресурс] // Конкурент <http://www.konkurent.ru/list.php?id=1309>.

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ В ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ

Пашковский Александр Дмитриевич,
Семёнов Виктор Валерьевич,
Халецкий Дмитрий Павлович,
студенты 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета.

Научный руководитель:
Кухаренко Анна Юрьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

В российском законодательстве существует такой феномен, как “злоупотребление правом”. Данная категория имеет своё правовое отражение лишь в нормах Гражданского кодекса РФ “Пределы осуществления гражданских прав”. Ст.10 ГК РФ указывает, что злоупотребление правом раскрывается как действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах.

В юридической литературе под злоупотреблением правом понимается использование субъективного права в противоречии с его социальным назначением, влекущее за собой нарушение охраняемых законом общественных и государственных интересов или интересов другого лица.

В трудовом законодательстве РФ данный феномен практически не раскрыт и на практике встречается крайне редко. Отсутствуют научные работы, исследовательские материалы на данную тему, и это делает нашу работу ещё более актуальной в свете сложившейся ситуации.

Трудовой кодекс РФ содержит в себе лишь поверхностные очертания данного феномена, так, например, ст. 3 ТК РФ отражает запрет возможных злоупотреблений со стороны работодателя через запрет “дискриминации в сфере труда”. В соответствии с указанным принципом “никто не может быть ограничен в трудовых правах и свободах или получать какие-либо преимущества независимо от пола, расы, цвета кожи, национальности, языка, происхождения, имущественного, семейного, социального и должностного положения, возраста, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности или непринадлежности к общественным объединениям, а также от других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника”. Касается

работника, то законодательство требует от него добросовестности только при исполнении своих трудовых обязанностей, возложенных на него трудовым договором, об этом говорит ст. 21 ТК РФ, однако указанная статья не содержит аналогичного требования применительно к реализации и защите работником своих трудовых прав. Отсутствие данного требования указывает на явный пробел, допущенный законодателем.¹

Анализ ТК РФ позволяет сделать вывод, что ряд норм (ст. 67, 74, 75, 77, 292 и т. д.) создают благоприятные условия работнику и работодателю для злоупотребления своим субъективным правом.²

Анализируя специальную литературу, можно определить наиболее общие признаки, характерные для такого феномена, как злоупотребление правом в трудовых отношениях:

1) злоупотребление правом имеет комплексный характер, поскольку представляет собой недобросовестное поведение в трудовых и в процессуальных правоотношениях;

2) совершается с умыслом;

3) приводит к получению некоторых выгод;

4) характерна внешняя, формальная правомерность поведения.³

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что злоупотребление правом в трудовых отношениях – это установленный в процессуальном порядке юридический факт, который влечет за собой отказ работнику или работодателю, злоупотребившему своими правами, в защите принадлежащих ему прав при совершении проступка или поступка, заключающегося в использовании своих субъективных прав с превышением возможностей, предусмотренных трудовым законодательством, или без учета видимых негативных последствий для иной стороны трудовых отношений.⁴

Ярким примером злоупотребления правом при увольнении является умышленное промедление (задержка) работником подачи иска о восстановлении на работе, а так же искусственное затягивание процесса под видом реализации своих процессуальных прав. М.А. Гурвич отмечал, что при разработке руководящих Постановлений судебной практики при рассмотрении трудовых дел встретились случаи значительной и немотивированной задержки предъявления иска о восстановлении на работе и взыскании заработной платы за время вынужденного прогула. "Целью такой затяжки, - отмечает М.А. Гурвич, - было увеличение размера возмещения заработной платы, нараставшей в период "вынужденного" прогула, в то время как работник, действуя добросовестно, мог бы

¹ Трудового кодекса РФ. Ст. 21 // СПС «Консультант Плюс».

² Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права Т. 1: Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. М., 2009.

³ Зайцева С.Г. "Злоупотребление правом" как правовая категория и как элемент нормативной системы законодательства Российской Федерации. Рязань: Поверенный, 2002.

⁴ Архипов В.В. О трудовом договоре // Современное право. 2003. № 1. С.12-13.

своевременно возвратиться к исполнению трудовых обязанностей в интересах и своих, и работодателя. Суд не вправе в таких случаях уменьшать размер взыскиваемой заработной платы, но наказывать такого недобросовестно действующего истца было бы и справедливо, и профилактически полезно. К сожалению, закон прямого основания для такого взыскания не дает”.¹

Злоупотребление может произойти в ситуациях, когда работодатель терпит убытки, связанные с сохранением среднего заработка за работником при отказе его от перевода в случае административного приостановления деятельности (ст. 3.12 КоАП РФ). ТК РФ предусмотрено, что на время приостановления работ не по вине работника за ним сохраняются место работы (должность) и средний заработок.² С согласия работника он может быть переведен на другую работу с оплатой труда по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе (ч. 3 ст. 220 ТК РФ). В данной норме заложена возможность для злоупотребления работником своим правом отказаться от перевода - работнику в любом случае (в т.ч. при отказе от перевода) сохраняется заработная плата.

Аналогичная возможность злоупотребления правом происходит, когда беременная женщина может немотивированно отказаться от перевода на другую работу, исключая воздействие неблагоприятных производственных факторов (ей это невыгодно, поскольку средний заработок за ней сохраняется в любом случае) ст. 254 ТК РФ.³

Примером несовершенства в Трудовом законодательстве РФ, является проблема применения ст. 392 ТК РФ, которая связана со сроками обращения в суд за разрешением индивидуально трудового спора.

Работник при возникновении спора об увольнении может обратиться за защитой в суд в течение одного месяца со дня вручения копии приказа об увольнении или выдачи трудовой книжки. На практике возникает вопрос о возможности защиты нарушенного права руководителя организации, который был уволен на основании принятого решения общего собрания участников (учредителей) организации, при условии, что собрание, по мнению руководителя организации, было проведено с нарушением требований, предусмотренных гражданским законодательством РФ и уставом юридического лица.

Так, 98% всех решений об оспаривании незаконного увольнения руководителя организации в указанной ситуации безуспешны. Ошибка кроется в том, что субъект, право которого нарушено, обращается первым

¹ Гурвич М.А. Право на иск: учеб. пособ. М., 1978. С. 48 - 49.

² Крутова Л.А. Злоупотребление правом в трудовых правоотношениях со стороны работника // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006.

³ Офман Е.М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. канд. дис. Екатеринбург, 2006.

делом за защитой в Арбитражный суд с требованием признать решение общего собрания учредителей (участников) организации неправомерным, и только после этого обращается в суд общей юрисдикции о признании увольнения незаконным. Логика субъекта, право которого нарушено, очевидна. Безусловно, что для защиты нарушенного права необходимо для начала признать, что собрание проведено с нарушением устава и требованиями законодательства РФ и решение собрания учредителей (участников) организации о прекращении трудового договора с руководителем организации является незаконным. Этот вопрос подлежит рассмотрению в Арбитражном суде. После этого необходимо обратиться в суд общей юрисдикции по месту нахождения работодателя с иском о признании незаконным приказа об увольнении.

Однако существует проблема, что в Арбитражном производстве спор рассматривается достаточно долго, а в распоряжении работника (руководителя организации) в соответствии со ст. 392 ТК РФ - один месяц. Возникает вопрос, что делать в этом случае. В действие включается механизм гл. 17. ст.215 ГПК РФ, где указывается, что суд общей юрисдикции обязан приостановить производство по делу в случае невозможности рассмотрения данного спора до разрешения другого спора, рассматриваемого в арбитражном производстве. Из этого можно сделать вывод о необходимости подавать иск одновременно, как в Арбитражный суд, так и в суд общей юрисдикции, во избежание пропуска срока обращения в суд за разрешением индивидуального трудового спора в соответствии со ст. 392 ТК РФ. Данные действия будут направлены на пресечение злоупотребления правом сторон трудового правоотношения.

Во избежание подобных противоречий в ТК РФ необходимо закрепить отраслевой принцип недопустимости злоупотребления правом субъектами трудовых отношений и установить правовые последствия, следующие за злоупотреблением правом.

Полагаем также необходимым ввести в ТК РФ правило об освобождении стороны трудового отношения, добросовестно выполняющей свои трудовые обязанности, от несения обременительных обязанностей в отношении другой стороны, злоупотребившей своим субъективным правом. Если же субъект трудовых отношений необоснованно получает преимущества перед другими субъектами права, он должен возместить причиненный им ущерб.

ОСОБЕННОСТИ РАСТОРЖЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА В СЛУЧАЕ ЛИКВИДАЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ ТРУДОВОГО И ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Политова Ольга Андреевна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Кухаренко Анна Юрьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Трудовое право является особой отраслью права, которую нельзя в полной мере отнести ни к частно-правовой, ни к публично-правовой сфере. Обусловлено это прежде всего спецификой субъектного состава трудовых правоотношений: основными субъектами трудового права являются работник и работодатель, первый из которых находится в подчиненном отношении ко второму. Работодатель, наделенный распорядительной хозяйской властью, вправе заключать и расторгать трудовые договоры с работниками, налагать дисциплинарные взыскания и т.п.

Однако работодатель, являясь субъектом трудового права, в то же время является участником и других правоотношений. В первую очередь он выступает как хозяйствующий субъект, осуществляющий свою деятельность в рамках гражданского права и нацеленный на получение прибыли с минимальными потерями. Он обоснованно заинтересован в эффективном осуществлении своей деятельности и рациональном использовании имущества. Работник, находящийся в подчинении по отношению к нему, в свою очередь имеет интерес в справедливой оплате труда, стабильности правоотношений, социальной поддержке и гарантиях в случае их прекращения. В связи с этим возникает проблема согласования интересов работника как более слабой, зависимой, подчиненной стороны и работодателя, выступающего в трудовых правоотношениях в качестве властного лица. Этим объясняется стремление законодателя обеспечить, гарантировать и защитить интересы работников, устанавливая для работодателя границы поведения, регламентируя трудовые правоотношения.

В определенный момент у организации может встать вопрос о необходимости прекращения своей деятельности. Это может быть вызвано различными причинами как экономического характера, так и правового характера. По действующему гражданскому законодательству РФ

прекращение деятельности организации возможно в форме реорганизации и ликвидации, причем в первом случае это влечет правопреемство, во втором случае правопреемства и перехода соответствующих прав и обязанностей не происходит. Естественно, последствия подобных процессов неизбежно отражаются и на трудовых правоотношениях.

Для подобной ситуации ТК РФ формулирует соответствующее основание расторжения трудового договора в п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ: «трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае ликвидации организации». Данное основание относится, как отмечают в литературе, к числу объективных оснований увольнения, которые исключают личностную оценку работника, а волеизъявление работодателя при этом направлено на решение определенных производственно-экономических задач организации¹.

Однако, оценивая указанное положение закона, процедуру и последствия его реализации, можно обнаружить, что уже сама формулировка п.1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ как основания увольнения является не вполне удачной и порождает некоторые проблемы, способные вызвать ряд негативных последствий как для работодателя, так и для работника. Обозначим их.

Во-первых, ликвидация - это процесс, который является длительным. Так, этот срок не может быть меньше по крайней мере 2 месяцев, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 63 ГК РФ срок заявления требований кредиторов не может быть менее 2 месяцев с момента публикации в соответствующих печатных изданиях объявления ликвидационной комиссии о ликвидации организации. Таким образом возникает вопрос, в какой момент ликвидации расторжение трудового договора по данному основанию можно будет признать законным и обоснованным, ведь в противном случае уволенный работник должен быть восстановлен на работе. Существенным упущением действующего ТК РФ является то, что в анализируемой правовой норме отсутствует указание на конкретный юридический факт, с наступлением которого у работодателя возникает право прекратить правоотношения с работником. Это порождает практические проблемы, когда уволенный в процессе ликвидации организации работник в судебном порядке требует восстановления на работе на основании того, что после его увольнения юридическое лицо фактически еще какое-то время продолжает свою деятельность. Суды удовлетворяют требования такого работника.

Для того чтобы устранить подобный пробел, необходимо конкретизировать рассматриваемое положение ТК РФ. Это может быть сделано путем указания на конкретный юридический факт: на момент

¹ Демидов, Н.В. Увольнение по инициативе работодателя: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2009. С. 8.

начала процесса ликвидации, на момент его окончания или на какой-либо иной момент в процессе ликвидации. В принципе, попытка разрешить указанную проблему уже была предпринята Верховным Судом РФ. В Постановлении Пленума от 17 марта 2004 г. № 2 в п. 28 ВС РФ разъясняет, что «основанием для увольнения работников по п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ может служить решение о ликвидации юридического лица, т.е. решение о прекращении его деятельности без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам». Однако практика указывает на то, что для расторжения трудовых договоров с работниками по указанному основанию недостаточно принятия решения о ликвидации юридического лица. Суды ориентируются на то, что увольнение по данному основанию будет законным только после внесения соответствующей записи в единый государственный реестр юридических лиц в соответствии с п. 8 ст. 63 ГК РФ, а уволенных ранее этого момента работников восстанавливают на работе.

Так в Определении Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 11 июля 2008 г. N 10-В08-2 суд указывает, что «не имеет значения, кто и на каком основании ликвидирует юридическое лицо, являющееся работодателем. Важен сам факт ликвидации организации». Хотя в указанном деле речь шла о ликвидации предприятия в особом порядке - в результате открытия конкурсного производства, но процесс ликвидации был начат, в единый государственный реестр юридических лиц была внесена запись о формировании ликвидационной комиссии и назначении ликвидатора. Работница была уволена, приказ об увольнении был оспорен в суде, и суд, указав на то, что ликвидация на момент увольнения работницы завершена не была, признал расторжение трудового договора неправомерным.

Аналогичная цитата приводится в Определении ВС РФ от 28 ноября 2008 г. № 72-В08-9. Это дает основание утверждать, что суды в подобных ситуациях скорее всего будут на стороне работника, признавая увольнение по данному основанию незаконным до момента окончательной ликвидации юридического лица, несмотря на то, что решение о ликвидации организации было принято.

Изложенное позволяет утверждать, что позиция, высказанная в Постановлении Пленума ВС РФ от 17 марта 2004 г., является не вполне удачной. Соответственно, необходимо искать иное решение проблемы.

Определяя юридический факт, с наступлением которого расторжение трудового договора по данному основанию будет считаться законным и обоснованным, необходимо принять во внимание ряд моментов, которые связаны с процедурой и последствиями увольнения в связи с ликвидацией юридического лица. Они также могут вызвать определенные практические проблемы.

Таким образом второй проблемой, на которую хотелось бы обратить внимание в рамках данного исследования, является процедура расторжения трудового договора. В соответствии с ч. 2 ст. 180 ТК РФ «о предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации работники предупреждаются работодателем персонально и под роспись не менее чем за два месяца до увольнения». Определение конкретного момента, от которого необходимо вести отсчет двухмесячного срока для предупреждения работников о предстоящем увольнении, вызывает вопросы. Предположительно, это должен быть какой-то момент после начала процесса ликвидации и до его окончания. Так, невозможно уведомить работника о предстоящем увольнении в связи с ликвидацией организации до момента принятия решения о ее ликвидации соответствующим уполномоченным органом организации (в случае добровольной ликвидации) или до момента вынесения решения суда об этом (в случае принудительной ликвидации). Если работник будет согласен на предложение работодателя прекратить с ним трудовые правоотношения до истечения срока предупреждения с выплатой дополнительной компенсации в соответствии с ч. 3 ст. 180 ТК РФ, а решение о ликвидации фактически не будет принято (вынесено судом), то увольнение по п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ должно рассматриваться как незаконное. Точно определить момент окончания ликвидации также не представляется возможным, но здесь возникает и еще одна проблема. Если момент расторжения трудового договора будет привязан к факту окончания ликвидации организации, то есть к моменту внесения соответствующей записи в единый государственный реестр юридических лиц, это повлечет ущемление прав работника в части выплаты выходных пособий. Это и есть третья проблема, которая возникает в случае расторжения трудового договора по рассматриваемому основанию.

В случае увольнения работника в связи с ликвидацией организации, таким работникам необходимо не только выплатить заработную плату и компенсацию за неиспользованный отпуск, но и выходное пособие в соответствии с ч. 1 ст. 178 ТК РФ. Причем средний месячный заработок сохраняется за работником после увольнения на период его трудоустройства, во-первых, в течение второго месяца, а в исключительных случаях – и в течение третьего. Рассмотрим обстоятельства, в которых может возникнуть необходимость выплаты уволенному работнику выходного пособия.

1. Работник уволен на основании принятого решения о ликвидации организации. Так как требования кредиторов должны быть заявлены в течение двух месяцев с момента принятия решения о ликвидации, требование работника о выплате выходного пособия за второй и третий месяц будет учтено в ликвидационном балансе и скорее всего соответствующие выплаты будут произведены. Однако следует учитывать,

что увольнение всех работников не может произойти одновременно. Кроме того, связывать момент увольнения с моментом принятия решения о ликвидации с учетом прочих обстоятельств проблемно, как было указано ранее.

2. Увольнение работника произошло в процессе ликвидации, но до момента его окончания, например, после составления промежуточного ликвидационного баланса. То есть на момент составления ликвидационного баланса право на выплату второго и третьего выходного пособия еще не наступило, и, соответственно, в ликвидационном балансе оно не будет отражено. В соответствии с п. 5 ст. 64 ГК РФ требования кредитора, заявленные после истечения срока, установленного для их предъявления (а именно это здесь имеет место), удовлетворяются из имущества, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов, заявленных в срок. Вероятность реализации права работника на выходное пособие, если не предусмотреть особый механизм его реализации, оказывается под вопросом, так как оно в данном случае никак не гарантировано.

3. Работник уволен после внесения записи о ликвидации организации в единый государственный реестр юридических лиц. Соответственно, требования о выплате выходного пособия за второй и третий месяц нетрудоустройства предъявлять в подобной ситуации не к кому. Работник гарантированно остается без предусмотренных ТК РФ выплат, если в законодательстве не будет предусмотрен особый способ реализации этого права.

Относительно вопроса о гарантиях и выплатах работникам при увольнении в связи с ликвидацией организации, следует отметить еще один момент. В ч. 3 ст. 180 ТК РФ предусмотрено право работодателя с письменного согласия работника расторгнуть трудовой договор до истечения срока предупреждения о предстоящем увольнении. Однако возникает вопрос, как быть в ситуации, когда подобная инициатива исходит от работника? В литературе уже обращалось на это внимание и предлагалось закрепить за работодателем не только право, но и обязанность прекращать в подобной ситуации трудовые отношения с работниками, обратившимися с соответствующими заявлениями в период действия срока предупреждения об увольнении (с выплатой предусмотренных ст. 178 ТК РФ и ч. 3 ст. 180 ТК РФ компенсаций), установив при этом, что трудовые правоотношения подлежат прекращению в срок, установленный сторонами, но не менее, чем через две недели¹. Права обеих сторон в данном случае в определенной степени

¹ Иванова Т. С. Прекращение трудового договора по основаниям ч. 1 ст. 81 ТК РФ: конфликт интереса работодателя на эффективное осуществление кадровой политики, интереса работника на стабильные, длящиеся трудовые отношения и интереса государства на обеспечение занятости // Трудовое право. 2010. № 5. С. 14 - 21.

защищены: работник получает компенсацию за досрочное прекращение трудовых правоотношений, работодатель, со своей стороны, также защищен наличием не менее чем двухнедельного срока предупреждения по аналогии с увольнением работников по собственному желанию. Это актуально в связи с тем, что работник может найти новую работу до истечения двухмесячного срока предупреждения об увольнении. Кроме того это могло бы стать одной из возможностей гарантированного получения выходного пособия за второй и третий месяц, когда у работников сохраняется возможность обратиться с требованием о выплате выходного пособия до составления промежуточного ликвидационного баланса.

Действительно, подобное изменение в ст. 180 ТК РФ способно отчасти решить проблему с получением причитающегося работнику выходного пособия. Однако это не может быть единственным механизмом, с помощью которого было бы гарнировано его право на выходное пособие.

Как же все-таки решить все эти проблемы с наименьшим ущербом правам и законным интересам как работника, так и работодателя? Здесь стоит обратить внимание на то, что в случае ликвидации организации в целях обеспечения прав и интересов заинтересованных лиц, законом установлена обязанность уведомлять регистрирующий орган о следующем:

- о принятии решения о ликвидации юридического лица (ч. 1 ст. 20 ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей");

- о формировании ликвидационной комиссии или о назначении ликвидатора (ч. 3 ст. 20 ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей");

- о составлении промежуточного ликвидационного баланса (ч. 3 ст. 20 ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей").

Промежуточный ликвидационный баланс составляется не ранее, по крайней мере, чем по истечении двух месяцев со дня принятия решения о ликвидации (независимо от того, происходит ли ликвидация в добровольном или принудительном порядке). Соответственно если выбрать момент утверждения промежуточного ликвидационного баланса в качестве юридического факта, с наступлением которого у работодателя возникает право на увольнение работников по рассматриваемому основанию, то получится, что:

- работник будет предупрежден о предстоящем и, что важно, неизбежном увольнении не менее, чем за 2 месяца. Так как решение о ликвидации организации в добровольном порядке (или аналогичное решение суда) к этому моменту уже принято, исключается возможность того, что работник будет уже уволен, а сама ликвидация не состоится.

- работодатель получит реальную возможность расторгнуть трудовые договоры с работниками до окончания процесса ликвидации, избежав риска восстановления уволенных работников и несения дополнительных убытков. Данное обстоятельство экономически важно для организации, так как принятие решения о ликвидации предполагает прекращение ведения хозяйственной деятельности, соответственно, увольнение уже «ненужных» работников становится хозяйственной необходимостью.

- вопрос о гарантиях реализации права работника на выплату выходного пособия пока остается открытым. Однако в перспективе возможно внесение соответствующих изменений в ст. 180 ТК РФ (установление обязанности работодателя расторгнуть договор до истечения срока предупреждения об увольнении). Кроме того вариантом решения проблемы может стать создание какого-либо специализированного фонда, в который работодатель будет обязан вносить определенные денежные суммы для выплаты выходных пособий работникам.

Предлагается законодательно оформить анализируемое положение ТК РФ следующим образом: «трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае ликвидации организации с момента уведомления регистрирующего органа об утверждении промежуточного ликвидационного баланса». При этом, по мнению автора, необходимо вынести случай расторжения трудового договора в связи с прекращением деятельности индивидуального предпринимателя в отдельный пункт статьи 81 ТК РФ, то есть разделить расторжение трудового договора в связи с ликвидацией организации и прекращением деятельности индивидуального предпринимателя на два самостоятельных основания прекращения трудовых правоотношений. Это связано с тем, что хотя, в сущности, ликвидация организации и прекращение деятельности индивидуального предпринимателя схожи, но процедура прекращения их деятельности по гражданскому законодательству, процедура расторжения трудового договора, предоставляемые работнику гарантии весьма различны.

Возможно, названный вариант решения ряда практических проблем, возникающий при применении п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, не является абсолютно идеальным, однако он указывает работодателю и правоприменителю на конкретный момент, юридический факт, с наступлением которого риски наступления неблагоприятных последствий для обеих сторон трудового правоотношения относительно снижаются.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОСВОЕНИЯ СЕВЕРА НА ПРИМЕРЕ ЯМАЛО-НЕНЕЦКОГО АВТОНОМНОГО ОКРУГА

Пузырёва Александра Александровна,
студентка 3 курса юридического факультета
Омского государственного университета
им. Ф.М. Достоевского

Научный руководитель:
Седельникова Марина Геннадьевна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой социального права
Омского государственного университета
им. Ф.М. Достоевского

Сегодня бюджет России в значительной его части состоит из средств, получаемых при импорте нефтегазовых ресурсов, добытых преимущественно на территориях Крайнего Севера. При этом интенсивная эксплуатация природных богатств российского Севера не сопровождается бережным отношением к природе, а также не учитывается специфика экосистем данных районов.

В настоящее время на федеральном уровне нет ни одного правового акта, регулирующего отношения человека и природы северных территорий. Сложившаяся ситуация является колоссальным пробелом в российском законодательстве и требует скорейшего разрешения. Учитывая масштабы как существующих, так и грядущих промышленных разработок на Крайнем Севере и практически полное отсутствие закрепления на законодательном уровне правовых гарантий в области экологической безопасности, необходимо принятие федерального закона.

Состояние экосистем районов Крайнего Севера в последние десятилетия значительно ухудшилось. На примере полуострова Ямал можно увидеть, как по мере освоения нетронутых территорий увеличивается количество источников, загрязняющих и разрушающих его природу. К основным факторам, негативно влияющим на экосистему, относятся: бурно развивающийся промышленный комплекс, интенсивное использование авиации, тяжелой автотракторной техники, загрязнение химреагентами, использованными буровыми растворами, а также выбросы вредных веществ, полученных при сжигании попутного нефтяного газа.

Основной проблемой северных экосистем является ее хрупкость. Вследствие сурового арктического и субарктического климата, регенерация протекает очень медленно. Например, для восстановления кормовой базы оленеводства необходимо содержать ягельник в состоянии покоя минимум двадцать лет.

Ямалу катастрофически не хватает комплексных мероприятий по рекультивации почв, минимизации вреда, причиненного промышленностью, требуется строительство очистных сооружений. Еще более остро стоит вопрос о квалифицированных кадрах, которые способны провести данные мероприятия.

Являясь наиболее изученным и подготовленным к освоению, Ямал близко расположен к существующей газотранспортной инфраструктуре, обладает значительными запасами и высокими добычными возможностями. Нигде более в России невозможно всего за два десятилетия создать подобный нефтегазодобывающий комплекс. По этой причине именно освоение Ямала будет играть решающую роль в развитии газовой промышленности России в XXI веке. Однако при таких темпах освоения природных ресурсов остаются слабо разработанными научная обоснованность экологической безопасности, информационная доступность проводимых разработок, в том числе возможность получения информации об экологическом состоянии осваиваемых территорий.

При освоении Ямала государство ставит, на первый взгляд, непосильную задачу: в период 20-30 лет создать уникальный нефтегазовый комплекс в районах Крайнего Севера. На пути решения поставленной задачи стоят несколько проблем, главной из которых является практически полное отсутствие на Ямале инфраструктуры. На территории ЯНАО располагается 5 крупнейших уникальных месторождения так называемого «жирного» газа. Данный вид природного ресурса не может транспортироваться по газопроводам без сложной предварительной подготовки, для которой необходимы специализированные перерабатывающие комплексы. Чтобы ускорить процесс строительства газопровода нужны дороги, строительство которых и предусматривает вышеупомянутый проект. В ходе реализации проекта «Урал Промышленный, Урал Полярный», помимо освоения месторождений газа, планируется постепенная добыча других полезных ископаемых, а это практически вся таблица Менделеева. Поэтому в ряде распоряжений Правительства РФ предусмотрена разработка одного из самых экологически грязных производств - металлургического освоения Ямала.

На сегодняшний день в России еще не сложилась система экономических отношений, которая будет независима от нефтегазовых ресурсов страны. Поэтому чрезвычайно важным представляется соблюдение экологических норм, в том числе и конституционных, а также норм-гарантий экологической безопасности данного региона. Но на сегодняшний день они отсутствуют. В 1996 году был принят Федеральный Закон № 78 «Об основах государственного регулирования социально-экономического развития Севера Российской Федерации», где содержался ряд таких гарантий, как например, «сохранение устойчивого состояния и

целостности экологических систем» и «обеспечение экологической безопасности, исходя из особой уязвимости и слабой восстанавливаемости природы Севера». После отмены данного Закона нормы «рассыпались» по всему нормативному массиву, а единый целостный акт до сих пор отсутствует. Необходимо принять Федеральный Закон, не только закрепляющий нормы-гарантии, как ныне утративший свою силу ФЗ №78, но и раскрывающий основные положения механизма реализации, иначе нормы-гарантии превратятся в декларативные положения, а при нынешнем положении это недопустимо.

Федеральный Закон должен раскрывать понятия Крайнего Севера и территорий, приравненных к нему, что позволит четко и ясно определить сферу правового регулирования. Чрезвычайно важно правильно распределить полномочия между Российской Федерацией и ее субъектами, в том числе с точки зрения распределения финансовых обязательств. Основной же частью закона должны стать экологические требования при проведении разведывательных, строительных работ. В этом раскрывается механизм реализации норм-гарантий экологической безопасности. И это также будет инновацией по отношению к ныне действующему законодательству.

Закон, помимо требований к освоению, может также закреплять обязанность, а не право, субъектов федерации образовывать национальные парки с сохранением на их территории всех видов традиционной деятельности и занятий коренного населения. Тем самым сохранятся не только девственная природа Арктики, тундры и лесотундры, но и среда проживания и привычный уклад жизни коренного населения.

В заключительной части необходимо отразить ответственность корпораций, компаний, занимающихся разработкой нефтегазоносных месторождений и добычей и обработкой полезных ископаемых, а также предусмотреть ответственность органов местного самоуправления и органов государственной власти субъектов РФ. В совокупности, данные меры позволят создать пласт гарантий экологизации территорий Крайнего Севера и приравненных к ним местностей.

Вышесказанное подтверждает необходимость устранения пробелов в законодательстве. Именно принятие правового акта на федеральном уровне позволит сохранить и обезопасить столь хрупкую природу от вредоносного воздействия человека.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРЕКРАЩЕНИЯ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ ПРИ ВВЕДЕНИИ ПРОЦЕДУРЫ КОНКУРСНОГО ПРОИЗВОДСТВА

Серкова Кристина Денисовна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Кухаренко Анна Юрьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Процедура расторжения трудовых отношений регулируется нормами Трудового кодекса РФ (далее ТК) и иными нормативно-правовыми актами. К таким нормативно-правовым актам могут быть отнесены в том числе положения гражданского кодекса РФ (далее ГК) и федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)” от 26.10.2002 №127-ФЗ в случае расторжения трудового договора при введении процедуры конкурсного производства.

Процедура конкурсного производства урегулирована в главе VII ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)”. Конкурсное производство – процедура банкротства, применяемая к должнику, признанному банкротом, в целях соразмерного удовлетворения требований кредиторов (ст. 2 ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)”). Статьи 124 - 127 указанного закона устанавливают, что процедура конкурсного производства начинается с принятия арбитражным судом решения о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства. Конкурсное производство вводится на срок до шести месяцев. Этот срок может продлеваться не более чем на шесть месяцев. С даты открытия конкурсного производства прекращаются полномочия руководителя должника, иных органов управления должника и собственника имущества должника. При принятии решения об открытии конкурсного производства арбитражный суд утверждает конкурсного управляющего. Конкурсный управляющий действует до даты завершения конкурсного производства или прекращения производства по делу о банкротстве.

Статья 129 ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)” обязывает конкурсного управляющего уведомить работников должника о предстоящем увольнении не позднее, чем в течение месяца с даты введения конкурсного производства. Часть 3 той же статьи устанавливает, что конкурсный управляющий вправе увольнять работников должника в порядке и на условиях, которые установлены федеральным законом.

Здесь возникает первый вопрос: можно ли назвать конкурсного управляющего работодателем в процедуре конкурсного управления? Этот вопрос вытекает из следующего:

1) Во-первых, он может принимать на работу новых работников (*именно на ликвидируемое предприятие*), необходимых ему для выполнения возложенных на него функций, на период ликвидации организации.

2) Во-вторых, конкурсный управляющий правомочен увольнять работников.

Единства мнений по вопросу, может ли управляющий принимать на работу новых сотрудников, нет. Однако можно отметить, что в законодательстве нет запретов на прием новых работников. Кроме того, в п. 5 ст. 134 ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)” предусмотрено следующее: “при оплате труда работников должника, продолжающих трудовую деятельность в ходе конкурсного производства, а также **принятых на работу в ходе конкурсного производства**, конкурсный управляющий должен производить удержания, предусмотренные законодательством” (алименты, подоходный налог, профсоюзные и страховые взносы и др.). Это дает основание полагать, что управляющий заключает *трудовые договоры* с новыми работниками.

Ответ на вопрос, можно ли назвать конкурсного управляющего работодателем в процедуре конкурсного управления, можно дать, обратившись к анализу положений законодательства о субъектах трудового права. Согласно ч. 4 ст. 20 ТК РФ работодатель – это физическое либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником. В случаях, установленных федеральными законами, в качестве работодателя может выступать **иной субъект**, наделенный правом заключать трудовые договоры.

Необходимо определить, является ли конкурсный управляющий в процедуре конкурса “иным субъектом”, по смыслу ч.4 ст. 20 ТК. Для этого обратимся к понятию трудовой правосубъектности.

Трудовая правосубъектность включает в себя правоспособность, дееспособность и деликтоспособность. Правоспособность возникает у конкурсного управляющего с момента его назначения арбитражным судом, дееспособность – с момента наделения его определенными правами и обязанностями по отношению к работникам. Вопрос о деликтоспособности конкурсного управляющего остается нерешенным. Деликтоспособность лица должна быть определена законом. Соответствующих положений об ответственности конкурсного управляющего в трудовых правоотношениях законодательство не предусматривает, в нормативно-правовых актах закреплена только ответственность **работодателя**. Однако правоприменитель по аналогии применяет эти нормы и к управляющему. На практике именно в

отношении конкурсного управляющего прокуратура возбуждает уголовные дела за невыплату заработной платы и неправомерное увольнение работников.

На мой взгляд, конкурсный управляющий наделяется определенными полномочиями работодателя, но вряд ли можно говорить о конкурсном управляющем, как о работодателе. В первую очередь стоит отметить, что управляющий действует **в интересах кредиторов**, в то время как по смыслу конструкции трудовых правоотношений трудовая правосубъектность работодателя должна носить **личный характер**. Еще один факт, говорящий о том, что конкурсный управляющий не является работодателем – сама формулировка закона: “работники должника“, которая наталкивает на мысль, что работники не вступают и не могут вступать в трудовые отношения с конкурсным управляющим.

Возможно, законодатель избрал такую схему именно в силу специфичности самих отношений, складывающихся при введении процедуры банкротства. Это необходимо в связи с тем, что руководитель должника, собственник имущества и иные органы управления прекращают свои полномочия при введении процедуры конкурсного производства. Они не принимают управленческих решений, соответственно они не несут ответственности. Кредиторы, в интересах которых действует управляющий, не обладают никакими полномочиями, они заинтересованы лишь в части получения выплат, предназначенных им. Кто же будет нести ответственность перед работниками и государством и осуществлять управление деятельностью организации при введении процедуры конкурсного производства? Законодатель избрал на это место конкурсного управляющего, что достаточно логично, но, как было отмечено выше, нарушает конструкцию трудовых отношений.

Второй вопрос, возникающий при введении процедуры конкурсного управления – это основания увольнения работников.

В течение одного месяца с даты введения конкурсного производства конкурсный управляющий уведомляет работников об увольнении. Здесь следует остановиться на основаниях увольнения. Сам факт введения процедуры конкурсного производства не является основанием для увольнения. В данном случае необходимо обратиться к общим основаниям увольнения, закрепленным в ТК РФ, и проследить взаимосвязь трудового и гражданского законодательства.

Согласно ст. 65 ГК РФ признание юридического лица банкротом влечет его ликвидацию. Однако ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)” в качестве основания для ликвидации называет именно момент завершения конкурсного производства, что приводит к иному толкованию термина “ликвидация”. ГК РФ рассматривает понятие “ликвидация” именно как процесс, однако для трудового права, в частности для правомерного увольнения работников, важен результат ликвидации – внесение записи в

единый государственный реестр юридических лиц. Обращаясь к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2, из пункта 28 следует, что именно решение о ликвидации юридического лица, то есть решение о прекращении его деятельности без перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства к другим лицам, принятое в установленном законом порядке, может служить основанием для увольнения работников по пункту 1 части первой статьи 81 Трудового кодекса РФ.

В соответствии с положениями ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)”, конкурсное производство вводится на срок до 6 месяцев, но может быть продлено еще на 6 месяцев. Кроме того, конкурсное производство не всегда заканчивается ликвидацией организации. Так, в соответствии с указанным законом на стадии конкурсного производства суд может вынести определение о прекращении производства по делу о банкротстве. Это, в частности, возможно в случаях удовлетворения всех требований кредиторов, перехода к внешнему управлению, если у конкурсного управляющего появились достаточные основания полагать, что платежеспособность должника может быть восстановлена (ст. 146 ФЗ “О несостоятельности (банкротстве)”).

Таким образом, со дня введения процедуры конкурсного производства до внесения записи в единый реестр юридических лиц может пройти год. Кроме того не исключается вариант продолжения деятельности организации в случае прекращения производства по делу о банкротстве. Не всегда при введении конкурсного производства можно увольнять работников в связи с ликвидацией организации (по ч. 1 ст. 81 ТК РФ). Судебная практика идет по следующему пути (Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 11 июля 2008 г. N 10-В08-2):

“Согласно п. 8 ст. 63 ГК РФ ликвидация юридического лица считается завершенной, а юридическое лицо - прекратившим существование после внесения об этом записи в единый государственный реестр юридических лиц. Кроме того необходимо учитывать, что признание в установленном порядке или объявление лица банкротом не означает ликвидацию организации, а влечет лишь начало процесса ликвидации, и расторжение трудовых договоров с работниками по данному основанию на момент признания организации банкротом в данном случае рассматривается как неправомерное, поскольку в итоге предприятие ликвидировано не было.”

Отвечая на ранее поставленный вопрос – «Второй вопрос, возникающий при введении процедуры конкурсного управления – это основания увольнения работников» - по моему мнению, в сложившейся ситуации возможно прекращение трудовых отношений в связи с сокращением численности или штата работников (п. 2 ч.1 ст. 81 ТК РФ).

Когда основания увольнения определены, можно переходить непосредственно к процедуре прекращения трудовых правоотношений. Процедура увольнения должна соответствовать нормам ТК РФ. О предстоящем увольнении работники предупреждаются управляющим персонально и под роспись не менее чем за два месяца до увольнения; если решение о сокращении численности или штата работников может привести к массовому увольнению работников - не позднее, чем за три месяца до начала проведения соответствующих мероприятий.

Исходя из норм ТК РФ, работник не может быть уволен ранее, чем через 2 (при массовом увольнении 3) месяца после уведомления. Однако согласно ч. 6 ст. 129 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» собрание кредиторов вправе принять решение о прекращении хозяйственной деятельности должника. На основании этого решения конкурсный управляющий обязан прекратить хозяйственную деятельность в течение трех месяцев с даты принятия такого решения.

Получается, что у конкурсного управляющего возникает обязанность прекратить деятельность организации, но одновременно с этим он не вправе уволить работников. Возможна ситуация, когда управляющему приходится оплачивать труд работников неработающего предприятия.

Единственным, наиболее оптимальным для конкурсного управляющего вариантом, на мой взгляд, является следующее: в крайне сжатые сроки ему следует уведомить работников о предстоящем увольнении. В таком случае им будут соблюдены как сроки, предусмотренные ТК РФ для предупреждения работников об увольнении, так и сроки, предусмотренные ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» для завершения хозяйственной деятельности организации даже в случае массового увольнения. Необходимо помнить и об обязательном уведомлении профсоюзного органа и службы занятости населения (п. 2 ст. 25 Закона «О занятости населения в Российской Федерации»), а также о правах отдельных категорий работников, обладающих преимуществом оставления на работе (ст. 179 ТК РФ). Лиц, указанных в данной статье, можно уволить только на заключительном этапе конкурсного производства.

Подводя итог вышесказанному, можно отметить, что законодателем не урегулированы некоторые вопросы увольнения при введении процедуры конкурсного производства. Это порождает ряд практических проблем. Правоприменитель вынужден самостоятельно искать пути преодоления подобных пробелов законодательства, что в свою очередь вызывает споры и дискуссии. В этой связи мне думается необходимым закрепить возможные основания увольнения работников при введении процедуры конкурсного производства в законодательстве, урегулирование сроков предупреждения работников при увольнении и сроков прекращения хозяйственной деятельности. Кроме того необходимо, на мой взгляд,

предусмотреть ответственность за нарушение положений трудового законодательства РФ непосредственно арбитражных управляющих при введении процедуры банкротства.

ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА. АНАЛИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Тюкавкина Ксения Александровна,
студентка 2 курса прокурорско-следственного факультета
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Научный руководитель:
Фирсова Ольга Анатольевна,
к.ю.н., заведующая кафедрой прокурорского надзора и участия
прокурора в рассмотрении гражданских и арбитражных дел
Иркутского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ

Вопрос заключения трудового договора с каждым конкретным работником очень серьезный, поскольку заключение договора ведет к началу трудовых отношений, трудовой деятельности, а соответственно, возможности получения заработной платы на данном конкретном поприще. Трудовая деятельность является важнейшим элементом жизни человека и гражданина, является для большинства граждан средством обеспечения жизни, финансового благополучия, социализации, культурного развития и воспитания. Именно поэтому одним из основополагающих конституционных прав граждан России является право на труд. В ст. 37 Конституции РФ провозглашено, что каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Реализация права на труд приводит к возникновению трудовых отношений между работником, с одной стороны, и работодателем – с другой. Трудовые отношения регулируются нормами закона в целях защиты интересов и конституционных прав как работника, так и работодателя. Проблемы применения ТК РФ систематизированы главным образом в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»¹, также с институтом трудового договора связано некоторое количество решений Конституционного Суда РФ.

¹ О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2004. № 6.

Анализ действующих норм трудового законодательства, актуальной судебной и иной практики позволят выделить ряд проблемных аспектов заключения трудового договора.

Во-первых, *при рассмотрении дел данной категории в целях оптимального согласования интересов работодателя и лица, желающего заключить трудовой договор*, и с учетом того, что, исходя из содержания ст. 8, ч. 1 ст. 34, ч. 1 и 2 ст. 35 Конституции РФ и абз. 2 ч. 1 ст. 22 ТК РФ работодатель в целях эффективной экономической деятельности и рационального управления имуществом самостоятельно, под свою ответственность принимает необходимые кадровые решения (подбор, расстановка, увольнение персонала), заключение трудового договора с конкретным лицом, ищущим работу, является правом, а не обязанностью работодателя. Также необходимо учитывать и то, что *Кодекс не содержит норм, обязывающих работодателя заполнять вакантные должности или работы немедленно по мере их возникновения*; необходимо проверить, делалось ли работодателем предложение об имеющихся у него вакансиях (например, сообщение о вакансиях передано в органы службы занятости, помещено в газете, объявлено по радио, оглашено во время выступлений перед выпускниками учебных заведений, размещено на доске объявлений), велись ли переговоры о приеме на работу с данным лицом, и по каким основаниям ему было отказано в заключении трудового договора.

Нельзя забывать и о том, что запрещается отказывать в заключении трудового договора по обстоятельствам, носящим дискриминационный характер, в том числе женщинам по мотивам, связанным с беременностью или наличием детей (ч. 2, 3 ст. 64 ТК РФ); работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы (ч. 4 ст. 64 ТК РФ).

Во-вторых, *поскольку действующее законодательство содержит лишь примерный перечень причин, по которым работодатель не вправе отказать в приеме на работу лицу, ищущему работу, вопрос о том, имела ли место дискриминация при отказе в заключении трудового договора, решается судом при рассмотрении конкретного дела*. Поэтому, если судом будет установлено, что работодатель отказал в приеме на работу по обстоятельствам, связанным с деловыми качествами данного работника, такой отказ является обоснованным.

Под деловыми качествами работника следует, в частности, понимать способности физического лица выполнять определенную трудовую функцию с учетом имеющихся у него профессионально-квалификационных качеств (например, наличие определенной профессии, специальности, квалификации), личностных качеств работника (например, состояние здоровья, наличие определенного уровня образования, опыта

работы по данной специальности, в данной отрасли)¹. Данное положение должно найти законодательное закрепление в ТК РФ.

В-третьих, *отказ работодателя в заключении трудового договора с лицом, являющимся гражданином Российской Федерации, по мотиву отсутствия у него регистрации по месту жительства, пребывания или по месту нахождения работодателя является незаконным, поскольку нарушает право граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства, гарантированное ч. 1 ст. 27 Конституции РФ, Законом Российской Федерации от 25 июня 1993 г. N 5242-1 "О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации", а также противоречит ч. 2 ст. 64 ТК РФ, запрещающей ограничивать права или устанавливать какие-либо преимущества при заключении трудового договора по указанному основанию.*

В-четвертых, *если трудовой договор не был оформлен надлежащим образом, однако работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его уполномоченного представителя, то трудовой договор считается заключенным и работодатель или его уполномоченный представитель обязан не позднее трех дней со дня фактического допущения к работе оформить трудовой договор в письменной форме (ч. 2 ст. 67 ТК РФ).* При этом следует иметь в виду, что представителем работодателя в указанном случае является лицо, которое в соответствии с законом, иными нормативными правовыми актами, учредительными документами юридического лица (организации) либо локальными нормативными актами или в силу заключенного с этим лицом трудового договора наделено полномочиями по найму работников, поскольку именно в этом случае при фактическом допущении работника к работе с ведома или по поручению такого лица возникают трудовые отношения (ст. 16 ТК РФ) и на работодателя может быть возложена обязанность оформить трудовой договор с этим работником надлежащим образом.

В-пятых, *решая вопрос об обоснованности заключения с работником срочного трудового договора, следует учитывать, что такой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения, если иное не предусмотрено Трудовым кодексом РФ и иными федеральными законами (ст. 58 ТК РФ).*

Поскольку ст. 59 ТК РФ предусматривает право, а не обязанность работодателя заключать срочный трудовой договор в случаях, предусмотренных этой нормой (в отличие, например, от абз. 2 п. 3 ст. 25 Федерального закона "Об основах государственной службы Российской

¹ Смирнова И. Трудовой кодекс пересмотрят в интересах работодателя [интервью с И. Шкловцом, начальником управления правового обеспечения Федеральной службы по труду и занятости] // Кадровое дело. 2005. №10.

Федерации", допускающего возможность государственного служащего, достигшего возраста 65 лет, продолжать работу в государственных органах лишь на условиях срочного трудового договора), работодатель может реализовать это право при условии соблюдения общих правил заключения срочного трудового договора, установленных статьей 58 ТК РФ. При этом в силу статьи 56 ГПК РФ обязанность доказать наличие обстоятельств, делающих невозможным заключение трудового договора с работником на неопределенный срок, возлагается на работодателя. При недоказанности работодателем таких обстоятельств следует исходить из того, что трудовой договор с работником заключен на неопределенный срок.

Обратимся по данному вопросу к практике Конституционного Суда РФ. Ранее закрепление в п. 1.1 ст. 33 КЗоТ РСФСР основания расторжения трудового договора в связи с достижением работником пенсионного возраста противоречило международно-правовым актам о правах человека: ст. 7 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. (все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации)¹; п. 2 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (государство обязано гарантировать осуществление прав без какой бы то ни было дискриминации)²; ст. 2 Конвенции МОТ № 111 1958 г. «Относительно дискриминации в области труда и занятий» (государства обязались проводить национальную политику, направленную на поощрение равенства возможностей в отношении труда и занятий с целью искоренения всякой дискриминации в этой области)³. Расторжение трудового договора в связи с достижением пенсионного возраста подпадает под признаки недопустимой дискриминации. Целью ряда рекомендаций МОТ также является исключение дискриминации в сфере труда по возрастному признаку⁴.

Конституционный Суд сделал вывод, что возрастной критерий при прекращении трудовых отношений, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, не соответствует Конституции

¹ Всеобщая Декларация прав человека. Принята и провозглашена Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. // Международные акты о правах человека: сборник документов. М.: НОРМА-ИНФРА, 1999. С. 39–43.

² Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах [Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.] // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 1831.

³ Конвенция Международной Организации Труда о дискриминации в области труда и занятий [Женева, 25 июня 1958 г.] // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда 1957–1990. Т. 2. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1262–1265.

⁴ Рекомендация № 162 Международной организации труда о пожилых трудящихся [Женева, 23 июня 1980 г.] // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. 2. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1927–1934.; Рекомендация МОТ о прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. 2. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1991–1996.

РСФСР¹. После принятия Постановления Конституционного Суда от 4 февраля 1992 г. № 2-П из КЗоТ РФ были исключены правила, устанавливающие возможность увольнения по инициативе работодателя лиц, достигших пенсионного возраста, а также возможность заключения с ними срочных трудовых договоров².

Вместе с тем абз. 3 ч. 2 ст. 59 ТК РФ³ предусматривает возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон с поступающими на работу пенсионерами по возрасту. Законодатель не привел какого-либо обоснования необходимости расширения возможностей использования срочных трудовых договоров при приеме на работу пенсионеров по возрасту. На практике такая инициатива исходит не от работника, а от работодателя. Данная правовая норма представляется весьма спорной с позиции ч. 2 ст. 19 Конституции РФ⁴ и рассмотренного Постановления Конституционного Суда РФ. Как справедливо отмечает Е.А. Ершова, по буквальному смыслу ст. 59 Трудового кодекса с работником, достигшим пенсионного возраста и заключившим ранее трудовой договор на неопределенный срок, срочный трудовой договор заключать нельзя. В тоже время с поступающими на работу пенсионерами по возрасту - можно. Все граждане практически разделены на две категории: поступающие на работу пенсионеры и другие физические лица, а сами пенсионеры — на поступающих на работу и уже работающих⁵. Возрастной критерий при заключении срочного трудового договора, не обусловленный родом и особенностями выполняемой работы, носит дискриминационный характер и, исходя из норм Конституции и решений Конституционного Суда РФ, должен признаваться недопустимым, не соответствующим Конституции РФ.

Однако 15 мая 2007 г. Конституционный Суд принял весьма спорное, на взгляд многих ученых, Определение № 378-О-П⁶, в котором по существу констатировал отсутствие неопределенности в вопросе о соответствии Конституции РФ положения абз. 3 ч. 2 ст. 59 ТК РФ. Данное положение, допускающее заключение с пенсионерами по возрасту срочного трудового договора при отсутствии объективных причин, требующих установления трудовых отношений на определенный срок, не ограничивает, по мнению Суда, свободу труда. В случае, когда согласие на

¹ Конституция РСФСР: принята ВС РСФСР 12 апреля 1978 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

² О внесении изменений в Кодекс законов о труде РСФСР: Закон РФ от 12 марта 1992 г. № 2502-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 14. Ст. 712.

³ Трудовой кодекс РФ от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ //Собрание законодательства РФ. 2002. № 1. Ст.3.

⁴ Конституция Российской Федерации: принята на всенародном голосовании 12 декабря 1993 г. // Российская газета. 1993. 25 декабря.

⁵ Ершова Е. А. Трудовое право в России // Российская Академия правосудия. М.: Статут, 2007. С. 218.

⁶ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения статьи 59 Трудового кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. № 378-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 6.

заключение договора было дано работником вынужденно, он вправе оспорить правомерность заключения с ним срочного трудового договора в суде общей юрисдикции.

По данному делу судья Конституционного Суда О.С. Хохрякова высказала свое особое мнение¹. Она, в частности, подчеркнула, что, ограничивая применение срочных трудовых договоров, Трудовой кодекс РФ в качестве общего правила предусматривает заключение таких договоров в тех случаях, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. В силу конкуренции на рынке труда, различий в экономическом положении работодателя и поступающего на работу пенсионера по возрасту реальные возможности выбора, степень свободы при определении условий трудового договора различаются.

Принципиальное значение для правоприменителей имеет пункт 13 Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г., содержащий разъяснение о том, что, если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок. Однако, хотя работник и вправе впоследствии оспорить правомерность заключения с ним срочного трудового договора, ссылаясь на то, что он заключал его вынужденно, доказать в суде данный факт чрезвычайно сложно.

Предусматривая заключение с пенсионерами по возрасту срочного трудового договора, в то время как с другим лицом при прочих равных условиях трудовой договор заключается на неопределенный срок, положение абзаца 3 части 2 ст. 59 Трудового кодекса ставит пенсионеров в худшее положение по сравнению с другими гражданами, ограничивает равенство возможностей при реализации ими своих способностей к труду.

Особое мнение Судьи О.С. Хохряковой представляется более взвешенным и аргументированным, так как оно основано на положениях

¹ Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Амурского городского суда Хабаровского края о проверке конституционности положения статьи 59 Трудового кодекса Российской Федерации: Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2007 г. № 378-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 6.

Конституции РФ, нормах международного права и ранее принятых решениях Конституционного Суда РФ¹.

Положение ст. 59 Трудового кодекса, регламентирующее заключение срочного трудового договора с пенсионерами по возрасту, не соответствует ст. 2, 7, ч. 1, 4 ст. 15, ст. 19, 37 и 55 Конституции РФ как предоставляющее работодателю возможность заключения срочного трудового договора с гражданином лишь по причине достижения им пенсионного возраста — безотносительно к характеру, условиям трудовой деятельности, каким-либо иным имеющим значение для выполнения конкретной трудовой функции обстоятельствам — ограничивает трудовые права данной категории лиц, носит дискриминационный характер и нарушает принцип равенства. Поэтому представляется необходимым исключить из абз. 3 ч. 2 ст. 59 ТК РФ слова «с поступающими на работу пенсионерами по возрасту».

Подводя итог, хотелось бы подчеркнуть, что социальное значение трудового договора сложно переоценить. Договор, как индивидуальный, так и коллективный, является регулятором социально-трудовых и даже бытовых отношений. В условиях перехода к рыночным отношениям, когда появляется конкуренция и безработица, роль и значение трудового договора резко возросли, так как с его помощью осуществляется прием на работу, а работодатель стремится принимать на работу наиболее квалифицированных, опытных и производительных работников. Поэтому должен соблюдаться баланс интересов обеих сторон: работник должен быть уверенным, что не будет эксплуатироваться незаконно, работодатель, принимая в штат человека, должен быть заинтересован прежде всего в надлежащем исполнении возложенных на него обязанностей.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1992 г. № 2-П По делу о проверке конституционности правоприменительной практики расторжения трудового договора по основанию, предусмотренному пунктом 1.1 статьи 33 КЗоТ РСФСР // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1992. № 13. Ст. 669.; Постановление Конституционного Суда РФ от 27 декабря 1999 г. № 19-П По делу о проверке конституционности положений пункта 3 статьи 20 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в связи с жалобами граждан В.П. Малкова и Ю.А. Антропова, а также запросом Вахитовского районного суда города Казани // Собрание законодательства РФ. 2000. № 3. Ст. 354.; Постановление Конституционного Суда РФ от 6 июня 1995 г. № 7-П По делу о проверке конституционности абзаца 2 части седьмой статьи 19 Закона РСФСР от 8 апреля 1991 г. «О милиции» в связи с жалобой гражданина В.М. Минакова // Собрание законодательства РФ. 1995. № 24. Ст. 2342.

ПОНЯТИЕ ПРАВООТНОШЕНИЙ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Цепцова Дарья Сергеевна,
студентка 4 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Кухаренко Анна Юрьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Определение понятия правоотношений в праве социального обеспечения является актуальным в связи с вопросом о месте ПСО в системе российского права.

Право социального обеспечения выделилось в самостоятельную отрасль сравнительно недавно (в середине 70-х годов XX в.)¹. До этого времени отношения по социальному обеспечению были «разбросаны» по различным отраслям права, таким как административное, гражданское, трудовое, а также финансовое право².

Для того чтобы окончательно прояснить вопрос о месте права социального обеспечения в системе российского права, необходимо обратиться к предмету и методу права социального обеспечения.

Как известно, выделение обособленных отраслей права производится путем обнаружения специфического предмета и метода. Как пишет В. Н. Хропанюк: «Предмет и метод правового регулирования — это наиболее существенные основания для деления системы права на отрасли»³.

Определяя предмет права социального обеспечения (далее ПСО), необходимо прежде обратиться к определению предмета в теории государства и права.

Под предметом принято понимать качественно определенный вид общественных отношений, на который направлено воздействие отрасли права⁴. Предмет является главным, материальным критерием разграничения норм права по отраслям, поскольку он имеет объективное содержание, предопределен самим характером общественных отношений и не зависит в принципе от воли законодателя⁵. Таким образом, в основе выделения отраслей права лежат специфические правоотношения, составляющие предмет данных отраслей.

¹ Андреев В. С. Социальное обеспечение в СССР: курс лекций. М., 1969. С. 597.

² Буянова М. О. Право социального обеспечения. М.: Проспект, 2009. С. 604.

³ Хропанюк В. Н. Теория государства и права. М.: Проспект, 2008. С. 492.

⁴ Мелехин А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Маркет ДС, 2007. С. 588.

⁵ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2004. С. 601.

Метод правового регулирования - это дополнительный критерий, который представляет собой сочетание юридических средств и приемов, осуществляющих воздействие права на поведение людей, общественные отношения¹. Метод правового регулирования служит дополнительным, юридическим критерием и является производным от предмета. Однако использование его в сочетании с предметом способствует более строгой и точной градации права на отрасли и институты².

В связи с тем что предмет правового регулирования каждой отрасли права указывает на то, что регулируется нормами данной отрасли (какие общественные отношения), а метод правового регулирования показывает, как регулируются эти отношения (какими приемами и средствами), можно говорить о том, что в основе выделения специфического метода отрасли права также лежат правоотношения.

На основе этого для определения ПСО как самостоятельной отрасли права необходимо обратиться к изучению правоотношений, входящих в сферу его регулирования.

Характеристику категории «правоотношения» целесообразно проводить в сравнении с классическим общетеоретическим понятием правоотношений.

Согласно определению правоотношений, данному в теории государства и права (далее ТГП), под правоотношениями следует понимать урегулированные правом и обеспеченные государством общественные отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся на основе норм права, субъекты которых связаны субъективными правами и обязанностями³.

Традиционно выделяют такие признаки правоотношений в теории государства и права, как:

1. Правоотношения являются разновидностью общественных отношений.
2. Возникают на основе принципов и норм права.
3. Участники правоотношений имеют субъективные права и несут субъективные обязанности. Под субъективными правами необходимо понимать меру свободного поведения лица, включающую в себя самостоятельные действия, требование исполнения обязанности от другого лица и возможность обращения за защитой в случае неисполнения обязанности в добровольном порядке. Субъективная обязанность представляет собой меру должного поведения, реализуемую в точной определенности обязанности лица, конкретном действии или бездействии лица, непосредственной зависимости от субъективного права.

¹ Мелехин А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Маркет ДС, 2007. С. 588.

² Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. М.: Юрист, 2004. С. 601.

³ Там же.

4. Права и обязанности обеспечиваются обществом и государством.

Проведем сравнительный анализ правоотношений в ПСО по признакам, ранее рассмотренным в теории государства и права. Правоотношения в ПСО, безусловно, являются видом общественных отношений и возникают на основе норм права (примером может служить Федеральный закон от 17.12.2001 N 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», Федеральный закон от 15.12.2001 N 166-ФЗ «О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации», Федеральный закон от 17.07.1999 N 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» и иные акты). В соответствии с указанными нормативными актами участники этих правоотношений наделяются определенными правами, а в случае использования потенциальной возможности обладать этими права на них возлагаются определенные обязанности. Все это регулируется государством, так как именно государство осуществляет правовое регулирование вопросов социального обеспечения, издает нормативные акты, обеспечивающие надлежащее функционирование этих отношений.

Таким образом, правоотношения в ПСО полностью отвечают признакам родового понятия правоотношений, данного в ТГП.

Классическими элементами любых правоотношений принято называть:

1. Субъект.
2. Объект.
3. Юридические факты.
4. Содержание.

Субъект правоотношений. В теории государства и права субъектов правоотношений определяют как участников правоотношений. Субъектами правоотношения являются индивиды (физические лица) и организации, обладающие правосубъектностью.

Субъекты в праве социального обеспечения полностью соответствуют понятию субъектов в ТГП, с единственной оговоркой – кроме физических лиц и организаций. Субъектами правоотношений в ПСО могут быть нетрадиционные субъекты, например, семья. Этот субъект, в частности, появляется в таких правоотношениях, как признание семьи малоимущей и выплата ей соответствующей компенсации.

Следует также остановиться на содержании правосубъектности в ПСО. Такие элементы правосубъектности, как правоспособность, дееспособность и деликтоспособность могут не совпадать. Это объясняется отсутствием в сфере социального обеспечения прямой зависимости от возраста. В отличие от других отраслей права установить конкретный пороговый возраст не представляется возможным в связи с разнородностью социального обеспечения, предоставляемого гражданам.

Кроме того в праве социального обеспечения обязательно наличие всех трех компонентов правосубъектности. Так, дети, инвалиды по психическим заболеваниям не могут обладать деликтоспособностью в связи с прямым указанием на это закона, так как эти и подобные им субъекты не могут в полной мере отвечать за свое поведение и за свои действия. Неполноту их правосубъектности дополняют назначенные в соответствии с законом опекуны или попечители.

Объект правоотношений. Согласно ТГП объект правоотношений - это то, на что направлены субъективные права и юридические обязанности, иными словами, то, ради чего возникает само правоотношение.

В юридической литературе существуют разные трактовки объекта правоотношения. Однако в ходе длительной дискуссии сложились в основном две концепции: монистическая (объектом выступают только действия субъектов, следовательно, у всех правоотношений единый, общий объект) и плюралистическая (объекты правоотношений столь же разнообразны, сколь многообразны регулируемые правом общественные отношения).

Объект правоотношений в ПСО различается в зависимости от принадлежности к тому или иному виду правоотношений в ПСО. Все отношения делятся на три вида: материальные, процессуальные и процедурные.

Объектом материальных правоотношений выступает реализация прав на данный вид обеспечения, т.е. получение его деньгами или в натуральной форме.

В процедурных правоотношениях по реализации права на получение благ по социальному обеспечению объектом является юридическое действие по установлению права на данный вид обеспечения и назначение его или юридическое действие по установлению необходимого определенного юридического факта.

В процессуальных правоотношениях объектом является юридическое действие по рассмотрению спора в области социального обеспечения по поводу нарушенного права.

Следующий элемент - **юридические факты**. Юридические факты - это конкретные жизненные обстоятельства, с которыми нормы права связывают возникновение, изменение и прекращение правоотношений. Признаками юридического факта называют:

1. Конкретные, индивидуальные обстоятельства. Юридические факты представляют собой явления действительности, существующие в определённой точке пространства и времени.

2. Однако не всякие жизненные факты влияют на движение правоотношений, а лишь те, которые предусматриваются в нормах права и

влекут за собой юридические последствия. Рассматриваемые факты называются юридическими, поскольку предусмотрены в нормах права.

3. Зафиксированные в установленной законодательством процедурно-процессуальной форме. Многие юридические факты имеют правовое значение лишь в том случае, если они надлежащим образом оформлены и удостоверены (в виде документа справки, журнальной записи и т.д.).

4. Юридические факты вызывают предусмотренные законом правовые последствия. Имеется в виду прежде всего возникновение, изменение либо прекращение правового отношения.

В зависимости от волевого признака юридические факты делят на:

1. События - это обстоятельства, которые не зависят от воли людей. К событиям относятся стихийные бедствия (ураган, землетрясение), рождение и смерть человека и др.

2. Действия - это обстоятельства, наступление которых зависит от воли людей. Действия различаются как правомерные и неправомерные.

Классификация юридических фактов в зависимости от правовых последствий представляет собой деление на:

1. Правообразующие факты - факты, которые влекут возникновение правоотношения;

2. Правоизменяющие факты - факты, которые влекут изменения правоотношения;

3. Правопрекращающие факты - факты, которые влекут прекращение правоотношения.

Юридические факты в социальном обеспечении – конкретные жизненные факты, обстоятельства, закрепленные в законодательстве о социальном обеспечении как имеющие определенное правовое последствие для социального обеспечения по различным видам обеспечения. Факты-события в основном относятся к материальным правоотношениям, в то время как факты-действия в подавляющем большинстве случаев присутствуют в процессуальной и процедурных правоотношениях.

Юридические факты в процедурных правоотношениях в соответствии с вышеуказанной классификацией подразделяются на правообразующие факты (обращение в уполномоченный орган за социальным обеспечением), правоизменяющие факты (изменение сути обращения гражданина (например, замена пенсии по старости на пенсию за выслугу лет) и правопрекращающие факты (рассмотрение обращения и принятие соответствующего решения).

Юридические факты в процессуальных правоотношениях представляют собой правообразующие факты (обращение в уполномоченный орган за защитой) и правопрекращающие факты (принятие соответствующего решения).

Последним элементом правоотношений является **содержание**. Содержание правоотношения составляют субъективное право и субъективная обязанность. Определение субъективного права и субъективной обязанности было дано выше. Содержание правоотношений в ПСО определяется в каждом конкретном случае индивидуально. За счет великого множества мер социального обеспечения вывести одно, подходящее ко всем видам, содержание не представляется возможным. Рассмотрение этого вопроса требует обращения к конкретному правоотношению.

Следует отметить, что для возникновения правоотношения необходимы некоторые предпосылки. В праве социального обеспечения этих предпосылок три:

1. Юридические факты.
2. Норма права.
3. Правосубъектность.

Для возникновения правоотношения необходимо наличие всех трех предпосылок, исключение одной из них повлечет за собой невозможность реализовать свое право гражданину.

Подводя итог всему вышесказанному, можно вывести следующее определение правоотношений в праве социального обеспечения.

Правоотношения в праве социального обеспечения – это урегулированные нормами права фактические отношения по поводу предоставления денежных выплат, услуг, льгот, возникающие между государственными органами и физическими лицами, имеющими на них право.

Следовательно, можно сделать вывод о том, что правоотношения в праве социального обеспечения отвечают всем признакам общетеоретического понятия правоотношений, но в то же время имеют свои специфические особенности. На основе специфики правоотношений можно говорить и о специфике предмета и метода, регулирующих данные правоотношения. Таким образом, можно согласиться с авторами¹, утверждающими, что право социального обеспечения представляет собой обособленную отрасль в системе российского права.

¹См. напр.: Андреев В. С. Социальное обеспечение в СССР: курс лекций. М., 1969. С.597 .; Буянова М. О. Право социального обеспечения. М.: Проспект, 2009. С. 604 ; Мачульская Е. Е., Горбачева Ж.А. Право социального обеспечения. М.: Книжный мир, 2001. С. 430.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ РАБОТНИКОВ И РАБОТОДАТЕЛЕЙ

Черных Юлия Борисовна,
студентка 3 курса Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Маргацкая Надежда Афанасьевна,
к.ю.н., доцент кафедры трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Защита прав и интересов работников и работодателей является согласно части 1 статьи 1 ТК РФ одной из целей трудового законодательства.

Как известно, в настоящее время нормы трудового права не обеспечивают полную защиту прав и интересов работников и работодателей.

Что же следует понимать под законными интересами? **Законные интересы**— это отраженные в трудовом законодательстве и иных нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, либо вытекающие из их общего смысла и в определенной степени гарантированные государством юридические дозволения, выраженные в стремлениях субъекта пользоваться конкретными социальными благами в сфере трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений, а также обращаться в необходимых случаях за защитой к компетентным органам и организациям.¹

В первую очередь следует заметить, что в ТК РФ термин “законные интересы” относится только к работнику. Но это не означает того, что у других субъектов трудового права нет собственных законных интересов. Так, и у работодателей есть свои законные интересы, которые также защищаются государством. Однако в силу специфики трудовых отношений, в рамках которых работник фактически находится в подчинении работодателя, права и законные интересы работника нуждаются в особых мерах защиты. Именно на них и сориентировано законодательство о труде.

Изучив формы защиты органами государства законных интересов, в процессе исследования мы обратили внимание на тот факт, что ученые редко обращаются к рассмотрению форм защиты законных интересов, в частности, в сфере труда.

¹ Федин В.В. Понятие и содержание юридического статуса работника как субъекта трудового права. М., 1998.

Условно разделив мнения ученых в заданном вопросе на две группы, можно сделать вывод о том, что одни из них считают возможным защиту законных интересов как в судебной форме, так и в иной форме¹, при наличии закрепленного перечня тех законных интересов, защиту которых необходимо осуществлять в судебной форме². **Так, отмечается, что защита индивидуальных законных интересов может осуществляться:**

1) в делах искового производства в случае вступления в дело третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора;³

2) в делах, вытекающих из публичных отношений (глава 25 ГПК РФ)⁴;

3) в делах особого производства⁵.

Другая группа ученых полагает, что формой защиты законных интересов в сфере труда является только согласительный порядок, поскольку интересы обеспечиваются в трудовом праве соглашением⁶. Иными словами, вторая группа ученых исключает судебную форму защиты законных интересов.

Полагаю, что полностью отрицать необходимость участия органов государства в защите законных интересов было бы неправильно. Но участие данных органов влечет определенные особенности защиты, на которых следует остановиться.

Защитить законный интерес можно несколькими путями. Конечно, его защита должна осуществляться преимущественно с помощью переговоров и взаимных уступок либо путем проведения примирительных процедур⁷. При разногласиях между работником и работодателем по поводу установления новых или изменения определенных условий трудового договора происходит столкновение их интересов.

Природа законных интересов способствует приоритету согласительного порядка их защиты, что и проявляется в полном объеме при рассмотрении и разрешении коллективных трудовых споров об интересах (глава 61 ТК РФ).

¹ Костян И.А. Трудовые споры: судебный порядок рассмотрения трудовых дел. 2-е изд. Доп. и перераб. М.: МЦФЭР, 2006. С. 3; Чечот Д.М. Субъективное право и формы его защиты. Л. Издательство Ленинградского университета, 1968. С. 39; Юрченко О.О. Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве. дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 60.

² Малейн Н.С. Тенденции развития гражданского права // Советское государство и право. 1978. № 1. С. 44; Экимов А.И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 84.

³ Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М.: Проспект, 2008. С. 33; Чечот Д.М. Субъективное право М, 1975. С. 41.

⁴ Гукасян Р.Е. Проблема интереса. М., 1997. С. 36-37.

⁵ Викут М.А., Зайцев И.М. Гражданский процесс в России. М., 2001; Гукасян Р.Е. Проблема интереса. М., 1997. С. 37-40; Чечот Д.М. Субъективное право. М., 1975. С. 41.

⁶ Барышникова Т.Ю. Формы и способы защиты трудовых прав и охраняемых законом интересов в российском трудовом праве. дисс. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2005. С. 83; Коробченко В.В. Защита трудовых прав и интересов работников // Журнал российского права. 2002. N 12. С. 66; Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 765.

⁷ Войтинский И.С. Примирительное и третейское разбирательство. Трудовые споры и регулирование труда на Западе. 2-е издание, перераб. и доп. М., 1923. С. 45.

В то же время обеспечить реальность защиты законного интереса работника в рамках согласительного порядка не всегда представляется возможным. Одной из причин является фактическое неравенство работника и работодателя, о котором писал еще Л.С. Таль, исследуя правовую природу хозяйской власти работодателя и подчинении ей трудящегося.¹ Современные исследователи также обращают внимание на необходимость исходить из того, что экономического и юридического равенства сторон трудовых отношений не может быть². При невозможности (не во всех случаях) обеспечить интерес работника в рамках согласительного порядка остается обеспечение его в принудительном порядке. Как правило, это происходит при нарушении индивидуального законного интереса. В частности, в случаях злоупотребления правом происходит нарушение интереса обязанного лица, что соответственно в судебном порядке влечет отказ в защите права. Значит, исключать из форм защиты законного интереса в сфере труда судебную форму защиты не совсем правильно.

В настоящее время индивидуальные трудовые споры об интересах, то есть споры, возникающие без правонарушений по поводу установления или изменения индивидуальных условий труда, на основании статей 381, 382 ТК РФ рассматриваются и разрешаются комиссией по трудовым спорам (КТС) или судом. Согласно ранее действовавшему законодательству (статья 219 КЗоТ РФ) эта категория трудовых споров разрешалась путем непосредственных переговоров между работодателем и соответствующим профсоюзным органом как представителем работника, то есть путем применения согласительных процедур. Результатом разрешения этих споров являлось достижение баланса интересов работника и работодателя.

Если утверждать приоритет социально-партнерской формы защиты законных интересов работников и работодателей, то деятельность комиссии по трудовым спорам удовлетворяет данным требованиям. С одной стороны, особенности создания позволяют утверждать, что основой ее деятельности является социальное партнерство, и решение КТС является соглашением сторон, а с другой стороны, ее решения обеспечиваются принудительной силой государства. Эта ситуация отражает неясный статус КТС (общественный или общественно-государственный орган?)³. Такой порядок приемлем при разрешении спора об интересах, когда одна сторона не обязана по закону удовлетворить интерес другой стороны⁴, в связи с чем, я полагаю, в том виде, в котором положение КТС закреплено в ТК РФ, данный орган должен быть

¹ Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. М.: Статут, 2006. С. 447-508.

² Передерин С.В. Процедурно-процессуальные правовые средства и способы обеспечения трудовых прав работников: дисс. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001. С. 39, 79.

³ Передерин С.В. Процедурно-процессуальные правовые средства. М., 1985. С. 76.

⁴ Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. М., 2006. С. 743.

правомочен осуществлять защиту законных интересов. В этом плане хочу согласиться с Т.Ю. Барышниковой, утверждающей, что индивидуальные трудовые споры об интересах должны рассматриваться в комиссии по трудовым спорам¹.

В то же время я считаю, что "роль независимого арбитра может выполнить только государство как наиболее эффективный представитель интересов общества в целом"², в связи с чем необходимо обратиться к деятельности государственных органов защиты законных интересов работников и работодателей.

Во-первых, законом предусмотрена судебная форма защиты законных интересов, но результативной, на взгляд многих ученых, она не является. Кроме того, суды практически не разрешают споры о законных интересах. Однако это не является поводом, чтобы исключать из компетенции суда данную категорию споров³, поскольку "любой трудовой спор должен быть подведомствен суду в целях усиления юридических гарантий трудовых прав работников"⁴. Например, прокурору предоставлено право обращения с иском в суд в связи с защитой нарушенных законных интересов неопределенного круга лиц или интересов РФ, субъектов РФ, МО. В данном случае возможно удовлетворение иска в виде отмены нормативного правового акта, нарушающего законные интересы указанных субъектов. **В остальных случаях суд как орган власти, которому предоставлено право защиты интересов, должен ориентировать стороны на достижение соглашения, в результате которого обеспечивается баланс интересов сторон и, таким образом, происходит их признание.**

Между тем аналогично защите трудовых прав для защиты законных интересов можно использовать потенциал трудовых арбитров федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функцию по оказанию государственных услуг в сфере урегулирования коллективных трудовых споров. В настоящий момент это не предусмотрено действующим законодательством, но в научной литературе и судебной практике звучали многочисленные предложения о введении трудового арбитража. В случае возникновения такого спора, а также при обращении ущемленной стороны к услугам трудового арбитра он способствует достижению соглашения, выгодного обеим сторонам. Возможно, деятельность трудовых арбитров в этом случае позволит не рассматривать суд как единственный безальтернативный субъект государственной защиты законных интересов, а также максимально

¹ Барышникова Т.Ю. Формы и способы защиты трудовых прав. М., 2001. С. 27.

² Курс российского трудового права. Т. 1. / под ред. Е.Б. Хохлова. СПб.: Изд-во С.-Петербургского ун-та, 1996. С. 498.

³ Передерин С.В. Процедурно-процессуальные правовые средства. М, 1985. С. 16.

⁴ Киселев И.Я. Трудовое право России. Историко-правовое исследование: учеб. пособ. М., 2001. С. 55.

эффективно активизировать роль государства в защите законных интересов.

Природа индивидуальных и коллективных законных интересов требует наделить преимущественными полномочиями по их защите именно государственных трудовых арбитров, деятельность которых как раз и должна быть направлена на предоставление квалифицированной помощи сторонам в решении возникших спорных вопросов. В зарубежных странах деятельность активных и опытных посредников рассматривается как весьма эффективный способ улаживания разногласий.¹

В состав государственного трудового арбитража предлагается включить профессионального судью и на постоянной основе по одному представителю от работников и работодателей. Это наиболее оптимальный состав государственного трудового арбитража, соответствующий принципу социального партнерства, что позволит обеспечить защиту трудовых прав и правовых интересов работников и работодателей.

Правовой статус государственного трудового арбитража следует урегулировать в соответствующем законе об этом органе. В отдельной норме этого закона следует закрепить текст присяги трудового арбитра.

Государственный трудовой арбитр, являясь представителем власти государства, должен защитить лицо, законный интерес которого нарушен, с помощью переговоров с учетом особенностей данного объекта защиты. Если же переговоры не привели к достижению соглашения, то трудовому арбитру следует воспользоваться некоторой отсрочкой. В частности, предложить работнику и работодателю ознакомиться со своим вариантом соглашения, способствующего компромиссному удовлетворению законных интересов обеих сторон. И если в течение, например, месяца стороны, "переговариваясь", не предложат свой путь выхода из тупиковой ситуации, то по истечении месяца вступает в силу предложенный трудовым арбитром вариант и стороны не могут его не выполнить. Такие условия должны действовать как в отношении защиты индивидуальных, так и коллективных правовых интересов. При этом очень важно установить правило о том, что если стороны при защите коллективных трудовых интересов обратились к государственному трудовому арбитру, то его решение должно быть обязательным для сторон, независимо от того, какая сторона обратилась за защитой. Эти аспекты деятельности трудовых арбитров требуется отразить в законодательстве. Деятельность трудовых арбитров заменит, а со временем и отменит не только неэффективную (но законную) защиту индивидуальных интересов комиссиями по трудовым спорам, но и, что более важно, сменит громоздкую процедуру рассмотрения и разрешения коллективных трудовых споров и действительно будет способствовать реализации государственных услуг в

¹ Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2005. С. 284.

сфере защиты законных интересов. При этом нельзя не заметить, что в рамках механизма защиты органами государства трудовые арбитры будут оказывать услуги по защите законных интересов наряду с судебной формой их защиты. Разграничение их компетенции должно выглядеть следующим образом: компетенция трудовых арбитров распространяется на все случаи защиты законных интересов работников и работодателей, за исключением тех интересов, защита которых находится в исключительной компетенции суда.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ЗАЩИТНОЙ ФУНКЦИИ ПРОФСОЮЗОВ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ ТРУДОВЫХ СПОРОВ

Колганова Светлана Геннадьевна,
студентка 2 курса отделения магистратуры
Юридического института
Сибирского федерального университета

Научный руководитель:
Петрова Елена Ивановна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой
трудового и экологического права
Юридического института
Сибирского федерального университета

Можно утверждать, что в настоящее время центральной проблемой в трудовых отношениях становится обеспечение реализации предоставленных работнику прав. Применительно к защите прав и свобод работника в сфере труда законодателем в ст. 352 Трудового кодекса РФ¹ (далее - ТК РФ) воспроизведено положение ст. 45 Конституции РФ о том, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

Следует обратить внимание, что законодателем в положениях ст. 352 ТК РФ, конкретизирующей способы защиты прав и свобод работников в сфере труда, защита трудовых прав и законных интересов работников профессиональными союзами и судебная защита названы как самостоятельные способы защиты. Однако, несмотря на данную конструкцию ст. 352 ТК РФ, указанные способы защиты прав и свобод работника в сфере труда находятся в теснейшем взаимодействии.

Защита трудовых прав и законных интересов работников профессиональными союзами основана на институте представительства в

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».

трудовых и непосредственно с ними связанных отношениях, которое в широком смысле охватывает систему различных по характеру отношений, включающую в себя как социальное партнерство, так и разрешение индивидуальных и коллективных трудовых споров². Так, ст. 11 Закона «О профессиональных союзах, их правах, гарантиях деятельности» (далее – Закон «О профессиональных союзах»)³ допускает представительство профсоюзами как в области коллективных прав, так и прав по вопросам индивидуальных трудовых и связанных с трудом отношений.

В месте с тем общеизвестно, что именно правосудием обеспечивается непосредственная реализация конституционных прав и свобод граждан, что является признаком их эффективности.

Таким образом, участие профсоюзов в разрешении индивидуальных трудовых споров в судебном порядке является важным механизмом реализации индивидуальных трудовых прав работников. Это подтверждается и правозащитной деятельностью профсоюзов в рамках разрешения дел в суде. Например, согласно статистике Федерации профсоюзов Красноярского края за пять лет с 2005 по 2009 год с участием профсоюзов в судах рассмотрено 64 484 индивидуальных трудовых спора, из них решения вынесены в пользу работников в 58 382 случаях¹.

Рассмотрим роль профсоюзов как представителей работников в рамках участия профсоюзов в разрешении дел в суде.

Положения ст. 11 Закона «О профессиональных союзах» получают развитие в ст. 23, согласно которой в случаях нарушения законодательства о труде профсоюзы вправе по просьбе членов профсоюза, других работников, а также по собственной инициативе обращаться с заявлениями в защиту их трудовых прав в органы, рассматривающие трудовые споры.

Таким образом, закон предусматривает, что защита интересов работников в органах по рассмотрению трудовых споров может осуществляться:

- по просьбе членов профсоюза;
- по просьбе других работников;
- по собственной инициативе.

При реализации положений ст. 23 Закона «О профессиональных союзах» дискуссионным является вопрос о полномочиях профсоюза на представительство работника при разрешении трудового спора. Возможны две ситуации, когда данный вопрос требует разрешения, а именно:

² Васильев В.А. Представительство в трудовых отношениях //Трудовое право. 2006. № 3. С. 4-9.

³О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности: ФЗ от 12.01.1996 г. № 10-ФЗ // СПС «Консультант Плюс».

¹ <http://fpkk.ru/report2010>.

1) когда истцом является сам работник, а профсоюз представляет его интересы при рассмотрении дела;

2) когда профсоюз выступает истцом, обращаясь в защиту интересов работника.

В первом случае при защите прав конкретных граждан профсоюз в силу требований ст. 39, п. 4 ст. 131, ст. 132 ГПК РФ обладает лишь общими полномочиями. Когда речь не идет о специальных полномочиях, профсоюзы вправе без доверенности представлять интересы работников в органах по рассмотрению трудовых споров при обращении работника в профсоюзный комитет за оказанием юридической помощи и вынесением профорганом соответствующего решения².

Что касается специальных полномочий, то они могут быть переданы гражданином профессиональному союзу только путем составления доверенности или подачи письменного заявления в суде. К числу специальных полномочий в соответствии со ст. 54 ГПК РФ относятся права представителя на подписание заявления от имени представляемого, предъявление его в суд и иные полномочные государственные органы, передачу спора на рассмотрение третейским судом, предъявление встречных требований от имени работника, к которому предъявлены претензии о привлечении к ответственности, полный или частичный отказ от заявленных требований, уменьшение их размера, признание предъявленных гражданину требований, заключение от его имени соглашения, изменение предмета или основания заявленных работником требований, на передачу полномочий другому лицу (передоверие), на предъявление исполнительного документа к взысканию, получению присужденного имущества или денег¹.

Второй случай, когда профсоюз выступает истцом, обращаясь в защиту прав и интересов работника, основан на п. 1 ст. 46 ГПК РФ. Согласно указанной норме в случаях, предусмотренных законом, органы государственной власти, органы местного самоуправления, организации или граждане вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц по их просьбе либо в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц. Поскольку ст. 23 Закона «О профессиональных союзах» предусмотрено право профсоюза на обращение в защиту трудовых прав, постольку профсоюз, являясь некоммерческой организацией, вправе в порядке ст. 46 ГПК РФ обращаться в суд с заявлением в защиту прав и свобод работника.

² Васильев В.А. Процессуальный механизм осуществления представительства работников в социально-трудовых отношениях // Трудовое право. 2008 № 5

¹ Там же.

Таким образом, ст. 46 ГПК РФ конкретизирует в процессуальном законодательстве правозащитные возможности профсоюзов².

Не все исследователи согласны с данной позицией. Так, Коршунова Т.А. считает, что во всех случаях при представлении работника (как члена профсоюза, так и работника, не являющегося членом профсоюза) в органах по рассмотрению трудовых споров - комиссиях по рассмотрению трудовых споров и суде - профсоюзному представителю необходимо предъявить заявление работника и доверенность на представительство его интересов.

Иными словами, права, предусмотренные Законом «О профессиональных союзах», не подтверждаются соответствующими нормами гражданско-процессуального законодательства³.

Аналогичную позицию занимает И.А. Костян. По её мнению, несмотря на положения ст. 23 Закона «О профессиональных союзах», анализ положений ГПК РФ не позволяет утверждать, что профсоюзы могут реализовать право, предусмотренное Законом «О профессиональных союзах», в полной мере, поскольку такое правило не содержит процессуальные нормы, регламентирующие рассмотрение трудовых дел⁴.

Данная позиция основана на нормах ГПК РФ, требующих оформления полномочий представителя, а именно – оформления доверенности.

Представляется, что первая позиция является верной, поскольку профсоюзное представительство имеет особую природу. Это социальное представительство отлично от гражданско-правового представительства тем, что связано с реализацией публичного интереса, тогда как через гражданско-правовое представительство реализуется частный интерес. Соответственно, для профсоюзного представительства законодатель вправе предусмотреть специальные условия, что и сделано в ст. 23 Закона «О профессиональных союзах». Судебная практика по вопросу предъявления иска профсоюза в защиту прав и интересов работника идет по пути признания данного права профсоюза без оформления доверенности.

Так, в деле о признании незаконным расчета количества дней дополнительного отпуска за работу во вредных условиях труда, обязывании работодателя произвести перерасчет и компенсации морального вреда с исковым заявлением в защиту интересов работника выступил Федеральный профсоюз авиационных диспетчеров России. При

² Сенников Н.М. Споры с участием профсоюзов, практика новейшего трудового законодательства. М.: Дело, 2006. С. 298 – 300.

³ Коршунова Т.Ю. Комментарий к федеральному закону «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности // «СПС «Консультант Плюс».

⁴ Костян И.А. Трудовые споры: судебный порядок рассмотрения трудовых дел // «СПС «Консультант Плюс».

этом к заявлению были приобщены заявление работника в профсоюз с просьбой защитить его интересы в суде. Определением суда указанное заявление оставлено без рассмотрения. Оставляя исковое заявление без рассмотрения, суд первой инстанции исходил из того, что иск подписан лицом, не имеющим полномочий на его подписание, в материалах дела отсутствует доверенность работника, выданной профсоюзной организации на подписание и предъявление иска. Данное определение в последующем было отменено, при этом суд сослался на ст. 23 Закона «О профессиональных союзах», а также ст. 46 ГПК РФ, из анализа которых суд сделал вывод, что «профсоюзы наделены правом на обращение в суд в защиту трудовых прав членов своих организаций в соответствии с положениями ст. 46 ГПК РФ. При этом специального оформления полномочий профсоюза доверенностью, выданной членом профсоюза на обращение в суд, не требуется»¹.

Еще одним вопросом, требующим своего разрешения, является определение случаев, когда защита интересов работников в органах по рассмотрению трудовых споров осуществляется профсоюзом по просьбе других работников, не являющихся его членами.

Из анализа положений ст. 11 Закона «О профессиональных союзах» и ст. 30 ТК РФ следует, что представительство по вопросам индивидуальных трудовых и связанных с трудом отношений осуществляется в интересах членов профсоюза. При этом ст. 30 ТК РФ предусмотрена возможность представительства интересов работников, не являющихся членами профсоюза. Согласно указанной норме работники, не являющиеся членами профсоюза, могут уполномочить орган первичной профсоюзной организации представлять их интересы во взаимоотношениях с работодателем по вопросам индивидуальных трудовых отношений и непосредственно связанных с ними отношений на условиях, установленных данной первичной профсоюзной организацией.

Таким образом, для реализации данной нормы необходимы два условия:

- первичной профсоюзной организацией должны быть установлены условия, на которых осуществляется представительство не членом профсоюза;

- от не члена профсоюза имеется обращение в первичную профсоюзную организацию о представительстве его индивидуальных прав и интересов.

Как правило, условия представительства в индивидуальных трудовых отношениях не членом профсоюза конкретизируются либо в учредительных документах профсоюзной организации, либо в

¹ Определение Мосгорсуда от 15.01.2009 г. Юристы за трудовые права [электронный ресурс] <http://lpa.ru>.

коллективных договорах, действующих в организациях. Обычно таким условием является удержание из заработной платы индивидуального взноса, равного членским взносам, уплачиваемым членами профсоюза. При этом для обращения в суд в защиту прав и интересов работника, не являющегося членом профсоюза, профсоюзной организации также не требуется оформление отдельной доверенности, что подтверждается складывающейся судебной практикой.

Например, профсоюз МУЗ «Городская станция скорой медицинской помощи» профессионального союза работников наемного труда Калининградской области «Трудовые бригады» обратилась с исковым заявлением в интересах С., Ч., Ф. к МУЗ «ГССМП» о признании конференции трудового коллектива от 22 декабря 2008 года, а также всех решений, принятых на конференции, недействительными. Работники, в интересах которых было подано исковое заявление, не являлись членами профсоюза.

Суд первой инстанции своим определением оставил исковое заявление без рассмотрения, указав следующее: поскольку работники не являются членами профсоюзной организации, они должны были выдать профсоюзной организации доверенности на представление их интересов.

Суд второй инстанции указал на незаконность данного определения со ссылкой на ст. 23 Закона «О профессиональных союзах», указав, что профсоюзная организация выступила по заявленным требованиям не в качестве стороны, а как заявитель в интересах работников учреждения. Истцами по делу являются работники МУЗ «Городская станция скорой медицинской помощи», которые действительно не являются членами профсоюзной организации заявителя. Однако в материалах дела имеются заявления от этих работников, из содержания которых следует, что они обратились с заявлением о несогласии с решениями конференции трудового коллектива и с просьбой обратиться в суд в их интересах в защиту нарушенных прав¹.

Говоря о праве профсоюзных организаций обращаться в защиту прав и интересов работников, нельзя не остановиться на вопросе о субъектах, которые могут представлять индивидуальные права и интересы работников в рамках социального партнерства.

Из анализа положений ст. 3 Закона «О профсоюзах» и ч. 3 ст. 29 ТК РФ следует, что таким правом обладают только профсоюзные организации. Представительство иными представителями допускается только в отношении коллективных прав и интересов работников и только на локальном уровне. При этом ст. 11 Закона «О профессиональных союзах» наделяет равными полномочиями по защите прав и интересов членов профсоюза по вопросам индивидуальных трудовых и связанных с

¹ Кассационное определение Калининградского областного суда от 11 ноября 2009 года // Юристы за трудовые права [электронный ресурс] <http://lpra.ru>.

трудом отношений как профсоюзы, их объединения (ассоциации), так и первичные профсоюзные организации.

Таким образом, профсоюзы являются монополистами в представительстве индивидуальных прав и интересов работников на всех уровнях, начиная локальным и заканчивая федеральным. Это объясняется тем, что (в отличие от иных представителей) профсоюзные организации постоянны, стабильны, многочисленны по своему составу¹.

Также следует отметить, что профорганизации могут реализовывать право на участие в гражданском судопроизводстве (п. 1 ст. 46 ГПК РФ) независимо от наличия или отсутствия у них прав юридического лица. Гражданско-процессуальное законодательство не дает прямого определения понятия лиц, имеющих право на участие в судопроизводстве, давая лишь перечень этих лиц в ст. 34 ГПК РФ. Эта статья отдельно не выделяет профсоюзы, а лишь упоминает о третьих лицах, обращающихся в суд за защитой прав, свобод и законных интересов других лиц или вступающих в процесс в целях дачи заключения по основаниям, предусмотренным ст. 4, 46 и 47 ГПК РФ. При этом в законе не содержится указаний на то, что такими третьими лицами могут быть только юридические лица, то есть зарегистрированные профсоюзы².

Необходимо отметить еще одну проблему, связанную с представительством профсоюзами интересов работников при разрешении индивидуальных трудовых споров.

В последнее время в юридической литературе ставятся вопросы о необходимости наделения профсоюзных органов правом на осуществление представительства работников без поступления от них жалоб на нарушение работодателем трудового законодательства. Подавляющее большинство полномочий профсоюзов в области защиты прав и интересов работника реализуется при наличии волеизъявления работника на устранение нарушений трудового законодательства. Однако работники, опасаясь неблагоприятных последствий со стороны руководства организации, боятся заявлять такое волеизъявление для защиты их интересов в суде. Это приводит к невозможности использования работниками конституционного права на судебную защиту в полном объеме. В связи с этим предлагается, что профсоюз должен иметь право на представительство конкретного работника в силу факта членства без подачи жалобы от имени работника на работодателя¹.

Еще одной формой защиты прав и интересов работников может быть обращение с иском в защиту прав неопределенного круга лиц.

¹ Чеха В.В. Теоретические аспекты представительства в системе социального партнерства: автореф. дис... кандидата юрид. наук. Томск: Томский государственный университет, 2005. С. 15.

² Сенников Н.М. Споры с участием профсоюзов, практика новейшего трудового законодательства. М.: Дело, 2006. С. 298 – 300.

¹ Миронов В.И. Трудовое право России. Учебник. М., 2005. С. 161.

Ст. 23 Федерального закона «О профессиональных союзах» не содержит нормы о праве профсоюзов обращаться в суд в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц.

Вместе с тем нарушение прав работников может являться следствием не только распорядительных действий работодателя в отношении конкретных работников, но и в отношении групп работников, а также коллективов.

Примером такого распорядительного действия является введение работодателем режима неполного рабочего времени без оснований, предусмотренных ст. 74 ТК РФ. В данном случае защита от таких неправомерных действий может осуществляться только индивидуально каждым работником, что, во-первых, усложняет процесс рассмотрения трудового спора за счет большого числа субъектов, во-вторых, ставит в зависимость защиту права работника от позиции его коллег, т.е. наличия их воли на оспаривание данного акта.

Представляется, что предоставление права профсоюзу в такой ситуации обжаловать решение работодателя в суд может одновременно разрешить вопрос о правах большой группы лиц, при этом будет достигнут эффект процессуальной экономии².

Следует отметить, что перечисленные проблемы, возникающие в правоприменительной практике, обусловлены не столько недостатками законодательства, сколько неправильным применением действующих норм гражданско-процессуального законодательства. Зачастую нормы ГПК РФ применяются без учета специального законодательства, регулирующего права профсоюза на представительство при разрешении индивидуальных трудовых споров, обусловленных социальной природой такого представительства.

Поскольку данное правомочие профессионального союза является крайне важным и должно использоваться в профсоюзной работе, представляется, что одним из путей разрешения указанных проблем предлагается принятие ч. 1 ст. 23 Закона «О профессиональных союзах» в следующей редакции: *«В случаях нарушения законодательства о труде профсоюзы вправе обратиться в суд, другие органы, рассматривающие трудовые споры, с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов членов профсоюза, других работников по их просьбе, а также по собственной инициативе либо в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц»*.

² Томилов А.Ю. Защита чужих прав и интересов организациями в гражданском процессе. // Российская юстиция. 2009. № 8.

Научное издание

Проблемы современной юридической науки и практики

Сборник статей
студентов, аспирантов и молодых ученых

Подписано в печать 4.07.2011. Печать плоская
Формат 60x84/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 37,2
Тираж 150 экз. Заказ № 4440

Редакционно-издательский отдел
Библиотечно-издательского комплекса
Сибирского федерального университета
660041, г. Красноярск, пр. Свободный, 79
Тел/факс (391) 244-82-31. E-mail rio@sfu-kras.ru
<http://rio.sfu-kras.ru>

Отпечатано Полиграфическим центром
Библиотечно-издательского комплекса
Сибирского федерального университета
660041, г. Красноярск, пр. Свободный, 82а