

ПРИ ПОДДЕРЖКЕ ГУБЕРНАТОРА ПЕРМСКОГО КРАЯ

ФГБОУ ВПО «Пермский государственный
национальный исследовательский университет»
Юридический факультет

Общероссийская общественная организация
«Ассоциация юристов России»

Издательство «Статут»

Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

Пермский краевой суд

Арбитражный суд Пермского края

Уполномоченный по правам человека в Пермском крае

Нотариальная палата Пермского края

ПЯТЫЙ ПЕРМСКИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОНГРЕСС УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ



www.permcongress.com

г. Пермь
24-25 октября 2014 г.

УДК 34:061.3
ББК 67
П 87

Пятый пермский международный конгресс ученых-юристов:
П 87 материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 24–25 октября 2014 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. – Пермь, 2014. – 258 с.

ISBN 978-5-7944-1951-1

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

Издание предназначено для научных и практических работников.

УДК 34:061.3
ББК 67

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

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

Благодарим за участие в организации конференции
ООО «Пермская финансово-производственная группа», Западно-Уральский банк Сбербанка России, ООО «ЛУКОЙЛ-Пермнефтеоргсинтез», ООО «ЛУКОЙЛ-ПЕРМЬ», ЗАО «ЭР-Телеком Холдинг», ООО «Управляющая компания "Кастом Кэпитал"», Группу компаний «Финансовый Дом», ОАО «МЕТАФРАКС», ЗАО «Юкей», Группу компаний «Налоги и право», ОАО «Соликамскбумпром», ЗАО «Телеком Плюс», юридическую фирму «Перспект-С», саморегулируемую организацию арбитражных управляющих «ПАРИТЕТ», ООО «НПП "ГАРАНТ-СЕРВИС"», Попечительский Фонд Пермского университета

Редакционная коллегия:

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

ISBN 978-5-7944-1951-1

© Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 2014

Содержание

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА.....	8
<i>Батюшкина М.В.</i> К вопросу о соотношении предметной стороны правовой и лингвистической экспертиз законопроекта	8
<i>Баумова М.Г.</i> Креативной функция правовой культуры в процессе совершенствования демократического государства и права.....	9
<i>Бондарев А.С.</i> Проблемы понятия и строения правовой культуры общества	11
<i>Ваньков А.В.</i> Статут как форма американского права в соотношении с видами правовых актов парламента.....	14
<i>Воронин М.В.</i> Связи первичных общественных отношений в структуре компаративистского правового анализа.....	16
<i>Головизнин Н.А.</i> Тенденции развития правопонимания в России. Российский тип правопонимания.....	18
<i>Ефимовских В.Л.</i> Религиозные преступления в последнем уголовном кодексе Российской империи.....	19
<i>Кириченко А.А.</i> Развитие отдельных базисных положений юриспруденции.....	21
<i>Коросташиова Т.А.</i> Развитие доктрины юридической ответственности	22
<i>Курбатов С.О.</i> Понятие правового воспитания как особого вида деятельности	24
<i>Матвеев А.Г.</i> Норма о праве требовать выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения как орудие обогащения правообладателей	26
<i>Матевосова Е.К.</i> Общественное обсуждение законопроектов как форма правового воспитания ...	27
<i>Михайлова А.В.</i> Сущность и назначение правовой политики	29
<i>Мхитарян Л.Ю.</i> К вопросу о требованиях (цензах), предъявляемых к мировым судьям (на примере Пермской губернии).....	30
<i>Поляков С.Б.</i> Диагностика правосознания судьи.....	33
<i>Реутов В.П.</i> О функциях предписаний, содержащихся в Постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации.....	35
<i>Решетов Ю.С.</i> Правовое регулирование	37
<i>Самылов И.В.</i> Субъект права в позитивистской юриспруденции.....	39
<i>Сырых В.М.</i> Демократические основы правового государства.....	41
<i>Третьякова Е.С.</i> Права иностранных подданных в российской империи XIX века	43
II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО	45
<i>Белобородов В.А.</i> Совет Безопасности, как структурная единица механизма государственной безопасности.....	45
<i>Брылева Е.А.</i> Вопросы защиты детей в период вооруженных конфликтов.....	46
<i>Василенко А.И.</i> Понятие лоббизма в национальном плане по противодействию коррупции на 2014–2015 годы	48
<i>Кочев В.А.</i> Конституционно-правовая ответственность: опыт имплементации теоретико-правовых положений.....	50
<i>Ромашов П.А.</i> К вопросу о порядке принятия в состав Российской Федерации нового субъекта РФ – Республики Крым.....	52
III. ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО.....	55
<i>Ананьева А.А.</i> О признаках юридических конструкций	55
<i>Барков А.В.</i> О некоторых тенденциях развития российского законодательства о социальном предпринимательстве	57
<i>Баркова Л.А.</i> К вопросу о возможных негативных последствиях легализации категории «семейная собственность»	58

<i>Барсукова В.Н.</i> Особенности социально-правовой характеристики чести и достоинства личности.....	60
<i>Барыбина Е.Л.</i> Понятие и правовая природа государственного контракта по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд.....	62
<i>Бойко П.В.</i> К вопросу о введении гражданско-правовых основ в трудовые правоотношения	64
<i>Бондаренко Н.Л.</i> Доверие как условие эффективного гражданского оборота	65
<i>Буничева М.Г.</i> О реорганизации юридического лица в форме преобразования	66
<i>Вабищевич С.С.</i> К вопросу о современном понимании категории «правоотношение»	68
<i>Вайнер Е.С.</i> Некоторые гарантии осуществления родительских прав.....	69
<i>Василенко Н.В.</i> Особенности применения норм обязательственного права к правоотношениям из нетипичных договоров в гражданском праве Российской Федерации	71
<i>Вахитова Ю.И.</i> К вопросу об аспектах соотношения права собственности и интеллектуальных прав	73
<i>Виниченко Ю.В.</i> О видах факторов, влияющих на систему гражданского оборота	74
<i>Гаврилов Ю.В.</i> О содержании принципа добросовестности в гражданском праве	76
<i>Годовалова М.Н.</i> Презюмирование вины и юридическая конструкция смешанной вины	78
<i>Голубцова Ю.А.</i> К вопросу о вине контрагента заблуждавшейся стороны сделки	79
<i>Ельникова Е.В.</i> Новеллы земельного законодательства об установлении сервитута	81
<i>Еманова Н.С.</i> Дефиниция понятия электронного документа в России.....	83
<i>Еремин А.А.</i> Соотношение понятий «франчайзинг» и «коммерческая концессия» в российском и международном законодательстве	84
<i>Ермаков М.М.</i> Понятие, признаки и виды некоммерческих унитарных организаций	86
<i>Ермакова А.В.</i> Пределы действия «разрешительного» принципа государственной регистрации прав на недвижимое имущество	88
<i>Жубрин Д.М.</i> Соглашение об управлении хозяйственным партнерством: ключевые аспекты	89
<i>Захаркина А.В.</i> Современные концепции факультативных обязательств	91
<i>Ибрагимова С.В.</i> О регулятивной функции гражданского права в свете изменений положений Гражданского кодекса РФ о юридических лицах.....	93
<i>Капитанова А.А.</i> К вопросу о классификации преимущественных прав в гражданском законодательстве Республики Беларусь.....	94
<i>Князева Е.В.</i> О некоторых проблемах применения процедуры медиации при разрешении споров между членами семьи.....	96
<i>Комиссарова Е.Г.</i> Методологические ориентиры в учении о диффамации.....	99
<i>Коротков Д.Б.</i> Признаки и принципы представительства	101
<i>Ксенофонтова Д.С.</i> Институт алиментирования в свете Концепции совершенствования семейного законодательства.....	103
<i>Кузнецова О.А.</i> Понятие незначительности нарушения в гражданском праве	105
<i>Кулаков В.В.</i> О множественных субъектах в гражданском праве	107
<i>Левушкин А.Н., Данилова И.С.</i> Понятие и правовая природа договора о приемной семье	108
<i>Маньковский И.А.</i> Юридическая герменевтика как способ уяснения действительного смысла норм гражданского права	110
<i>Матишова Е.С.</i> О гармонизации законодательства в сфере технического регулирования пищевой продукции	112
<i>Микрюков В.А.</i> Несколько вопросов о бремени гуманного обращения с животными	113
<i>Микрюкова Г.А.</i> Новое о понятии и видах юридических лиц по ГК РФ.....	115
<i>Михайлов С.Г., Михайлова Н.С.</i> Об обременениях исключительного права	117
<i>Михайлова Н.С., Михайлов С.Г.</i> О необходимости единого правового регулирования вопросов выплаты вознаграждения за использование служебного произведения наследникам автора	118

<i>Мороз С.И.</i> Сравнительно-прикладное исследование проблем законодательного регулирования договоров доверительного управления.....	119
<i>Морозов С.Ю., Ананьева А.В.</i> Механизм договорного регулирования.....	121
<i>Нефедова Ю.Ю.</i> К дискуссии о видах общепризнанных принципов и норм международного права, используемых при регулировании внутрисударственных гражданских отношений.....	122
<i>Носов Д.В.</i> К вопросу о действии нормативных правовых актов в сфере бюджетных правоотношений во времени.....	124
<i>Пьянкова А.Ф.</i> Несправедливые условия договора: взгляд Высшего Арбитражного Суда РФ.....	125
<i>Ряполова О.А.</i> Понятие, свойства и формы злоупотребления правом.....	126
<i>Садеева Г.М.</i> Правовое регулирование интересов ребенка при усыновлении по законодательству Российской Федерации: проблемы межотраслевого регулирования.....	128
<i>Серова О.А.</i> Общественно-государственные организации как самостоятельный тип юридического лица.....	129
<i>Стеблов А.Л.</i> Фаунистическое право в системе российского права.....	131
<i>Субботин Г.В.</i> Некоторые аспекты правового режима наемных домов.....	132
<i>Суслова С.И.</i> Прекращение права собственности на жилые помещения по ст. 293 ГК РФ.....	134
<i>Сятчихин А.В.</i> Заранее оцененные убытки и неустойка: соотношение гражданско-правовых институтов.....	136
<i>Тарасова Е.А.</i> Доказывание в нотариальном процессе: соотношение нотариальной и судебной деятельности.....	138
<i>Татаркина К.П.</i> Некоторые проблемы правового регулирования массовых сделок: обновление законодательства и судебная практика.....	140
<i>Трубинова Е.И.</i> Фиксация момента возникновения права на коммерческое обозначение.....	142
<i>Тюлькин А.А.</i> Противоречие публичному порядку как основание для отказа в предоставлении правовой охраны средствам индивидуализации.....	144
<i>Тюриков М.С.</i> Изменения в правовом положении типов учреждений согласно Федеральному закону от 05.05.2014 г. №99-ФЗ.....	146
<i>Файзрахманов К.Р.</i> К вопросу о вещных качествах иска о признании права или обременения отсутствующим.....	148
<i>Филиппова С.Ю.</i> Договорная неустойка: опыт инструментального исследования.....	150
<i>Шершень Т.В.</i> Новые подходы к систематизации юридических лиц.....	152
IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС	154
<i>Гавриленко В.А.</i> Процедура формирования состава третейского суда, в соответствии с Законом Республики Таджикистан «О Третейских судах».....	154
<i>Гаврилов Е.В.</i> Конец компенсации морального вреда юридическим лицам в России?.....	155
<i>Голубцов В.Г.</i> Законодательное закрепление оптимальных междисциплинарных связей как одна из центральных задач реформы гражданского права и цивилистического процесса.....	157
<i>Гришина Я.С.</i> Концепция взаимодействия частных и публичных правовых средств обеспечения имущественных потребностей: научно-теоретические и методологические основы.....	159
<i>Громова Е.А.</i> Существенные условия соглашения об осуществлении технико-внедренческой деятельности.....	161
<i>Жукова Т.М.</i> Тенденции развития правового регулирования банкротства граждан, не являющихся индивидуальными предпринимателями, в гражданском законодательстве России.....	163
<i>Загоруйко И.Ю., Шмыков Е.В.</i> Влияние интеллектуальной собственности на экономику государства (гражданско-правовой аспект).....	165

<i>Загоруйко И.Ю., Эстерлейн Ж.В.</i> Правовой аспект государственного управления по вопросам лицензирования в предпринимательстве	167
<i>Зитева К.А.</i> Некоторые проблемы банкротства ликвидируемого должника	169
<i>Казаков А.О.</i> Инвестиционная деятельность: вопросы правового определения	170
<i>Кондратьева К.С.</i> К вопросу о квалификации договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости	172
<i>Матвийчук С.Б.</i> Отдельные вопросы судебной защиты прав участников юридического лица в Республике Беларусь	173
<i>Мирских И.Ю.</i> О новеллах законодательства в области охраны интеллектуальных прав	175
<i>Мохова Е.В.</i> Миграция российских должников за рубеж при трансграничном банкротстве	176
<i>Серебрякова А.А.</i> Унификация правового регулирования отношений социального предпринимательства в Российской Федерации	178
<i>Соловьева Т.В.</i> Практика ЕСПЧ в гражданском судопроизводстве	180
<i>Спирина Т.А.</i> Контролирующие должника лица как субъекты субсидиарной ответственности в деле о банкротстве	181
<i>Сыропятова Н.В.</i> К вопросу о правовом регулировании договора счета эскроу в РФ	183
<i>Чичулаев Р.В.</i> Основные направления совершенствования законодательства об обороте ценных бумаг	186
V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	189
<i>Антипьева Н.В.</i> Единство правового регулирования в праве социального обеспечения	189
<i>Гонцов Н.И.</i> К вопросу о понимании трудового договора	190
<i>Кириллова Л.С.</i> Пределы осуществления прав сторонами трудового правоотношения: понятие и виды	192
<i>Корняков В.И.</i> Проблема представительства интересов работников при банкротстве работодателя	193
<i>Кудрин А.С.</i> О роли субъектов социальной власти в системе социального партнерства	195
<i>Кудрин А.С., Прокопьева Н.А., Волосатова А.О.</i> К понятию достойного труда как культуре взаимоотношений между сторонами социального диалога	196
<i>Кудрин С.М.</i> О некоторых аспектах юридической ответственности социальных партнеров на государственной службе	198
<i>Новикова Н.В.</i> Институт профессионального обучения и трудовое право в аспекте изменений законодательства Российской Федерации об образовании	199
<i>Подвязникова М.В.</i> Международные стандарты социального обеспечения и международное сотрудничество в сфере охраны здоровья	200
<i>Томашевский К.Л.</i> Время возникновения трудового права как отрасли права	202
<i>Трутнев С.В.</i> Проблемы рассмотрения трудовых споров при применении заемного труда	204
<i>Федорова М.Ю.</i> Оценка социальных рисков как метод управления ими: правовые аспекты	208
VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ	210
<i>Билык Г.М.</i> Проблема борьбы с алкоголизацией в России	210
<i>Куранов В.Г.</i> О законодательной инициативе дополнения Гражданского процессуального кодекса нормами о рассмотрении заявлений в целях проведения медицинского вмешательства на основании решения суда	212
<i>Рожков С.А.</i> О практике назначения судами видов исправительных учреждений	214
<i>Степанов В.В.</i> Обстоятельства, исключающие юридическую ответственность, в системе права России: опыт общетеоретического исследования	216
<i>Чудин Н.М.</i> Экстремизм в региональных проявлениях	218
<i>Шумихин В.Г.</i> Необходимая оборона с применением автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений	220

VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА	222
<i>Афанасьев А.Б., Афанасьева С.И.</i> Разглашение банковской тайны: проблемы определения объекта при квалификации преступлений	222
<i>Борисевич Г.Я.</i> Объединение высших судов как одно из условий эффективного разрешения экономических споров и уголовных дел о преступлениях экономической направленности.....	224
<i>Долгинов С.Д.</i> Взаимодействия следователя с оперативными подразделениями по делам о преступлениях экономической направленности: организационные и процессуальные проблемы	227
<i>Зайцев О.А., Абишлага Г.В.</i> Конвергенция частного и публичного права и ее проявление в уголовном судопроизводстве	229
<i>Корнеев С.В.</i> О дифференциации уголовно-правовой охраны от действий, дезорганизирующих работу исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы или арестного дома	234
<i>Крипулевич А.Ю.</i> Страхование как способ защиты нарушенных прав осужденных лиц, отбывающих наказание в местах лишения свободы	236
<i>Ланцедова Ю.А.</i> Редакция статьи о доказательствах в новом Кодексе антикриминального судопроизводства.....	238
<i>Моисеенко И.Я.</i> Установление и изобличение предпринимателей, совершающих преступления в сфере экономической деятельности	240
<i>Пастухов П.С.</i> Особенности доказывания преступлений в сфере экономической деятельности на этапе их выявления.....	241
<i>Пащенко Т.В.</i> Методы исследования судебно-бухгалтерской экспертизы	243
<i>Тунтула А.С.</i> Классификация и свойства субъектов антикриминального судопроизводства	245
<i>Шмыков В.И.</i> Правовая регуляция: метасистема опосредования психологии жизнедеятельности	247
<i>Эккерт В.Ю., Эккерт Т.Е.</i> Особенности организации раскрытия и расследования преступлений в сфере экономической деятельности	248
VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО	251
<i>Логонова Т.Е.</i> Истоки территориальной раздробленности средневековой Германии.....	251
<i>Мусаелян Л.А.</i> Некоторые соображения о кризисе международного права	252
<i>Семешко А.И., Куранов В.Г.</i> Правовое регулирование врачебной тайны в законодательстве Российской Федерации на основе норм международного права	254
<i>Чернядьева Н.А.</i> Преступление «Терроризм» в проектах Кодекса преступлений против мира и человечности	257
IX. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ	259
<i>Zvyagina O.V.</i> Luxury tax in the Russian tax law	259
<i>Mirskikh Yu., Mingaleva Zh.A.</i> Protecting of intellectual property in small innovative enterprises in Russia	260

I. ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

М.В. Батюшкина

Законодательное собрание Омской области, г. Омск

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ПРЕДМЕТНОЙ СТОРОНЫ ПРАВОВОЙ И ЛИНГВИСТИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗ ЗАКОНОПРОЕКТА

1. Междисциплинарный, юридико-лингвистический подход обуславливает рассмотрение соотношения предметной стороны правовой и лингвистической экспертиз законопроекта с трех точек зрения: системной (язык – система знаков); функционально-стилистической (функциональная сторона текста законопроекта отражает юридическую сферу как сферу общественной деятельности, а стилистическая – способ передачи юридически значимой информации); когнитивно-коммуникативной (любой правовой акт есть лишь посредник в исполнении событий правоприменения, основывающегося на правопонимании как толковании текста).

2. Правовая экспертиза законопроекта, в том числе ее подвиды: юридико-техническая и антикоррупционная, – основывается на процедурах исследовательских приемов теоретической и практической юриспруденции в их взаимосвязи и взаимодействии. В качестве объекта экспертизы выступают правовые предписания (нормы) и в целом текст правового акта, в котором зафиксированы данные нормы. Предмет экспертизы определяет круг экспертных задач и состоит в проверке положений разрабатываемого проекта закона на соответствие нормам действующих нормативных правовых актов (Конституции Российской Федерации, нормам федеральных законов; региональные законопроекты оцениваются также с точки зрения соответствия положений законопроекта нормам регионального законодательства), правилам и традициям юридической техники.

3. Лингвистическая экспертиза основывается на парадигмах и процедурах исследовательских приемов теоретической и прикладной лингвистики с учетом их языкового и речевого аспектов¹. Объектом лингвистической экспертизы выступают языковые единицы (слово, словосочетание, предложение) и текст как речевая единица.

4. До настоящего времени не сложилось единого понимания того, что представляют собой предмет и задачи лингвистической экспертизы законопроекта.

Согласно Регламенту Государственной Думы, лингвистическая экспертиза заключается в оценке соответствия представленного текста нормам современного русского литературного языка с учетом особенностей языка нормативных правовых актов и даче рекомендаций по устранению грамматических, синтаксических, стилистических, логических, редакционно-технических ошибок и ошибок в использовании терминов². При этом к технологическим этапам лингвистической экспертизы относятся: редактирование законопроекта, двойная корректорская вычитка, сверка вариантов текста после их исправления, контрольное чтение³.

На региональном уровне для обозначения данного вида экспертизы используются синонимичные понятия («лингвистическая экспертиза», «редакционно-лингвистическая экспертиза», «редакционная экспертиза», «лингвистический анализ») и отмечается вариативность определения данных понятий (более 17 типов). К общему региональный законодатель относит понимание лингвистической экспертизы как оценки соответствия проекта закона языковым нормам. По-разному предлагается оценивать стиль текста: либо с учетом функционально-стилистических особенностей текстов законопроектов (законодательных актов), либо более широко – с учетом функционально-стилистических особенностей текстов нормативных правовых актов или юридических текстов в целом. К частным задачам лингвистической экспертизы относятся устранение ошибок (грамматических, стилистических, орфографических, пунктуационных, логических и др.), проверка текста на соответствие требованиям к оформлению документов и редакционно-техническим правилам, унификация терминологии и шрифтового единообразия, выработка предложений по улучшению качества законопроекта.

5. При сравнительной характеристике задач, которые поставлены перед лингвистом, осуществляющим лингвистическую экспертизу законопроекта, и юристом, осуществляющим правовую экспертизу законопроекта, в том числе антикоррупционную и юридико-техническую, отмечаются как общие экспертные задачи, так и совмещение правовых и лингвистических категорий.

В частности, к общим правилам юридической техники относятся требования к соответствию текста законопроекта правилам современного русского языка с учетом функционально-стилисти-

ческих особенностей текстов нормативных правовых актов; краткости, ясности и однозначности изложения правовых норм; единообразию терминологии⁴. К числу коррупциогенных факторов относятся юридико-лингвистическая неопределенность, под которой понимается употребление в тексте закона неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера⁵. Лингвистическая экспертиза включает проверку соблюдения логики, определенности, ясности и краткости изложения правовых норм; точности использования терминов при создании правовых норм.

Некоторыми региональными законодателями лингвистическая и правовая экспертизы рассматриваются как составные части общей экспертизы, по результатам которой предусматривается подготовка одного заключения (см., в частности, статью 22 закона Алтайского края «О правотворческой деятельности»⁶). Однако следствием объединения разных видов экспертиз в одну является смешение лингвистических и юридических понятий, предмета разных наук и экспертиз.

6. Разноточения в определении понятия лингвистической экспертизы и частичное дублирование предмета лингвистической и правовой экспертиз негативно сказываются на постановке целей и задач, а также результатах лингвистической экспертизы. Законодатель под лингвистической экспертизой законопроекта подразумевает проверку текста проекта на соответствие нормам правописания и стилистики. При проведении лингвистической экспертизы текст законопроекта не рассматривается в когнитивно-коммуникативном аспекте. Между тем все грамматические, локальные связи слов и предложений, стилевые характеристики, логика построения текста обусловлены многоплановой семантикой (правовой идеей). В целях совершенствования качества экспертной деятельности необходимо разграничение предмета правовой и лингвистической экспертиз законопроекта, уточнение объема и содержания понятия лингвистической экспертизы законопроекта с учетом парадигм теоретической лингвистики и прикладной лингвистики, которые включают особые приемы исследования единиц языка и речи и являются содержательной основой системного, функционального и интерпретационного аспектов лингвистической экспертизы.

¹ Бельдиян В.М., Батюшкина М.В. Введение в языковедение. Омск: ОТИИ, 2007. 299 с.

² О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации [Электронный ресурс]: постановление Гос. Думы Федер. Собр. Рос. Федерации от 22 янв. 1998 г. №2134-П ГД (ред. от 22.03.2014) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. №7, ст. 801. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

³ Методические рекомендации по лингвистической экспертизе законопроектов. М.: Изд. Гос. Думы, 2013. 40 с.

⁴ О нормативных правовых актах Омской области [Электронный ресурс]: закон Омской обл. от 21 нояб. 2002 г. №409-ОЗ (ред. от 10.12.2013) // Омский вестник. 2002. №54. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁵ Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов [Электронный ресурс]: постановление Правительства Рос. Федерации от 26 февр. 2010 г. №96 (ред. от 27.11.2013) // Рос. газета. 2010. №46. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁶ О правотворческой деятельности [Электронный ресурс]: закон Алтайского края от 09 нояб. 2006 г. №122-ЗС (ред. от 31.12.2013) // Алтайская правда. 2006. №378. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

М.Г. Баумова

Ярославский государственный университет имени П.Г. Демидова, г. Ярославль

КРЕАТИВНОЙ ФУНКЦИЯ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ В ПРОЦЕССЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ДЕМОКРАТИЧЕСКОГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Функции правовой культуры – это относительно обособленные направления позитивного ее воздействия на сознание и поведение (деятельность) людей, их коллективов и организаций, все сферы общественной и личной жизни, в которых проявляется система юридических ценностей, определяющая степень устойчивости и гарантированности, упорядоченности и управляемости общественных отношений.

Креативность – это способность человеческого организма рефлексировать творчески, которая принципиально отличается от способности других организмов отражать действительность. Креативность можно представить как идеальный процесс, направленный на выработку нового знания и нацеленный на творчество.

Креативная (от лат. *creation – созидание*) в отечественной и зарубежной литературе обычно относится к основным, постоянным и собственно юридическим функциям правовой культуры. Чтобы специально подчеркнуть ее правовую «природу», некоторыми авторами она иногда называется «правопреобразующей».

Креативная функция правовой культуры направлена на проведение правовых реформ, совершенствование содержания и форм выражения права, всей его системы, формирование новой юридической политики и идеологии, повышение качества всех видов и подвидов юридической практики, создание развитой правовой системы общества в целом.

Именно в данной функции правовой культуры должно проявиться активное созидательное начало трех ее составляющих: права, юридической практики и правосознания. Рассматриваемая функция связана с теоретической и организаторской деятельностью по формированию и становлению правового государства и гражданского общества, по согласованию общественных, групповых и личных интересов. Ее задача заключается в том, чтобы поставить человека в центр общественного развития, создать ему достойные условия жизни, обеспечить социальную справедливость и возможности всестороннего развития. Эта функция связана с созданием правовых и нравственных гарантий таких общечеловеческих ценностей, как честность, порядочность, доброта и милосердие, моральный самоконтроль, человеческое достоинство и свобода выбора¹.

Построение правового государства и укрепление гражданского общества – важнейшая цель, стоящая перед креативной функцией правовой культуры.

Во все времена идея правового государства и процесс его формирования противопоставлялись как антипод деспотизма правления, абсолютизма власти, полицейского государства.

Еще Л.И. Петражицкий отмечал, что принудительное исполнение во многих областях права невозможно по природе вещей. Он писал, что предписывать нормам права свойство принудительности – по меньшей мере, неточно. «Право представляет, во всяком случае, не нечто физическое; ни мускульными, ни иными физическими свойствами оно не обладает и обладать не может»². Е.Н. Трубецкой считал, что «о физическом принуждении в применении к праву не может быть и речи. Человек не есть автомат, а существо, одаренное разумом и способностью свободного выбора: его нельзя заставить посредством физического насилия соблюдать известные правила: его можно только наказать за их несоблюдение»³. Для Е.Н. Трубецкого принуждение выражает болезненное состояние права, оно возникает там, где право нарушено либо есть опасность его нарушения⁴.

Еще более категорично считал Н. Гредескул, что, когда право применяет физическую силу, оно терпит поражение, а не одерживает победу.

В современных условиях главной гарантией права должна стать взаимная заинтересованность, взаимная связанность участников правовой коммуникации. Следовательно, чем меньше право опирается на принуждение, заменяя его общей правовой заинтересованностью, тем более зрелым оно становится.

В процессе становления правовой государственности идея принуждения должна постепенно вытесняться из общества. На смену ей должна внедряться мысль о том, что возможно рациональное, не опирающееся на принуждение, осуществление интересов каждой личности. В связи с этим важнейшим направлением креативной функции правовой культуры является создание таких форм юридического взаимодействия, при которых «произвол одного совместим с произволом другого с точки зрения всеобщего закона свободы». «Юриспруденция должна определять идеальные формы общественного взаимодействия, не может руководствоваться средневековыми представлениями о насилии как стержне права, она должна стремиться к тому, чтобы разум вытеснял принуждение из социально-правовой сферы»⁵.

В настоящее время правовое государство не только одна из наиболее значимых общечеловеческих ценностей, призванных утвердить гуманистическое начало, справедливость, но и эффективный практический институт обеспечения и защиты прав и свобод, чести и достоинства личности, средство борьбы с бюрократизмом, местничеством и ведомственностью, форма осуществления и существования реального народовластия.

Право как необходимая форма свободы возможно лишь при существовании свободных личностей. Правопорядок возможен только там, где индивиды свободны и ответственны. А.И. Ильин заметил, что честным, верным, законопослушным можно быть только самому, по личной убежденности, в силу личного решения. Нет этого – и нет правосознания. Человек превращается в плута, в ловчицу, в авантюриста. Он не опора правопорядка, а живая брешь в нем. Настоящее государство держится не принуждением и не страхом, а свободной лояльностью своих граждан

Правопорядок может быть основан только на адекватном правосознании и правовой культуре граждан. Не может быть правопорядка там, где господствует правовая антикультура и деформированное правосознание. Низкий уровень правовой культуры россиян вызывает пассивное отношение к попранию их прав и свобод. Низкая правовая культура населения обуславливает и соответствующую правовую культуру должностных лиц.

Демократия – это постоянная борьба граждан за свои права, за партнерскую, честную и эффективную государственную власть. Она невозможна без роста правовой активности граждан, уровня правовой культуры, нравственности и правового мышления.

¹ См.: *Общая теория государства и права: Академический курс: в 3 т. Т.3./* отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2002. С.371.

² *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с нравственностью: в 2 т. 2-е изд. СПб., 1909. Т. 1. С. 289.

³ *Трубецкой Е.Н.* Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 14.

⁴ Там же. С. 16.

⁵ *Архинов С.И.* Понятие правовой коммуникации // *Российский юридический журнал.* 2008. №6. С. 16.

А.С. Бондарев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ ПОНЯТИЯ И СТРОЕНИЯ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ ОБЩЕСТВА

1. На наш взгляд, во многом правы В.Н. Карташов и М.Г. Баумова в своем утверждении¹, что проведенный ими анализ «обширной отечественной и зарубежной литературы показывает, что правовая культура исследована довольно слабо. Большинство сочинений носит умозрительный (описательный, поверхностный и т.п.), а не аналитический и синтетический характер». Они верно установили, что в юридической науке взгляды на структуру правовой культуры общества настолько же многообразны, насколько разнообразны их понятия самой правовой культуры.

И действительно, к примеру, если В.И. Каминская и А.Р. Ратинов под правовой культурой общества понимают «систему овеществленных ценностей и идеальных элементов, относящихся к сфере действия права, и их отражения в сознании людей», то логично, что к ее структурным элементам они относят все известные правовые явления – право, правоотношения, правовые учреждения и правовое поведение (деятельность), правосознание. Или, согласно С.С. Алексеева, «правовая культура представляет собой своего рода юридическое богатство, выраженное в достигнутом уровне развития регулятивных качеств права, накопленных правовых ценностей, тех особенностей права, юридической техники, которые относятся к духовной культуре, к правовому прогрессу». Отсюда, на его взгляд, правовая культура общества складывается из ряда взаимосвязанных элементов. Основные из них – это: состояния правосознания в обществе; состояние законности; состояние законодательства, совершенство его содержания и формы; состояния практической работы в области права – суда, а также прокуратуры, других юридических органов, выражающее их реальную роль в политической и правовой системе, степень передовых приемов юридической техники, правовой НОТ и т.п.

Весьма противоречивое мнение по поводу структуры правовой культуры общества мы находим и в вышеуказанной работе В.Н. Карташова и М.Г. Баумовой. Сначала в отличие от большинства ученых они выдвигают новую интересную идею, что правовая культура общества – это полиструктурное образование, включающее, в частности, генетическую и функциональную, логическую (логиико-философскую) и психическую, временную и пространственную, стохастическую и другие структуры. Однако убедительных доказательств такой полиструктурности в работе не содержится. Серьезного анализа удостоилась только одна из указанных структур правовой культуры общества – логическая (логиико-философская). Причем, учитывая, что авторы исходят из того, что «правовая культура не является самостоятельным компонентом правовой системы общества, а служит лишь одной из фундаментальнейших ценностных ее (правовой системы) характеристик», – можно сделать вывод, что по сути они пришли к вышеуказанной точке зрения С.С. Алексеева на структуру правовой культуры общества.

2. Вышеприведенный анализ наглядно подтверждает, что ключ к познанию структуры правовой культуры общества лежит в ее научном понимании. Но такого общепринятого понимания ее нашей наукой до сих пор не выработано. В ней ныне насчитывается до 250 определений правовой культуры. В приведенных примерах (а в этом отношении они типичны для российской юридической науки) понятие правовой культуры, на наш взгляд, имеет главный недостаток: изолированность (отрыв) правовой культуры, ее понятия от субъектов права – своих создателей и носителей.

Следует отметить, что отрыв правовой культуры общества, ее понятия от субъектов права делает ее неприступной для формирования и развития. Как, к примеру, (если исходить из вышеприве-

денной позиции С.С. Алексеева на понятие правовой культуры общества), можно совершенствовать состояние законности, состояние законодательства, состояния права, состояния общественного правосознания и т.д. – элементы правовой культуры общества, по С.С. Алексееву? Предельно ясно, что на улучшение качества законов мы можем влиять только через повышение правотворческой культуры субъектов законодательной деятельности. На повышение уровня состояния законности в стране мы можем влиять, с одной стороны, повышением качества самих законов, а, с другой стороны, повышением правовой культуры субъектов применения и реализации права, и т.д.

3. Разработка порученного нам кафедрой спецкурса «Теория и методика правового воспитания» для студентов юридического факультета Пермского госуниверситета еще в восьмидесятых годах прошлого века привела нас к следующему пониманию правовой культуры – цели правового воспитания, – в котором убеждены и по сей день.

Категория «правовая культура» должна, на наш взгляд, характеризовать не те или иные правовые ценности, а субъектов права и коллективных, и индивидуальных. Правовая культура есть правовое свойство субъектов права. Она есть степень их правовой развитости, правового совершенства, уровень способностей их качественно творить и эффективно использовать необходимые правовые средства для достижения своих правомерных целей, своих правомерных интересов и потребностей, а также воплощать эти способности в социально-правовую активность.

Субъектами права в государственно-организованном обществе выступают, как известно, как само общество и его государственно-организованная власть (в лице своих разнообразных органов и должностных лиц), так и многие другие индивидуальные и коллективные субъекты.

Мы можем утверждать, что правовая культура субъектов права существует в двух формах: живой и предметной. В живой форме она существует в двух состояниях: а) В статичном состоянии она находится внутри субъектов права в виде их правовых знаний, правовых навыков и умений, правового опыта, правовых настроений, правовой убежденности в необходимости и большой личной и общественной ценности права, волевой готовности к правомерной деятельности; б) в динамичном состоянии живая правовая культура субъектов права как их правовая интеллектуально эмоционально волевая сила организует и направляет их правомерную деятельность вовне.

В предметной форме правовая культура субъектов права представляет собой опредмеченные (облеченные в знаки юридического языка) ими результаты своей правомерной деятельности. К примеру, субъекты правотворчества созданные нормы права опредмечивают в правовых нормативных актах, субъекты правоприменения – в правоприменительных актах, граждане – в договорах, заявлениях и т.д.

Таким образом, результаты правокультурной деятельности субъектов права, облеченные ими в знаки юридического языка, отделяются от своих создателей, становясь автономными предметами их правовой культуры. В таком состоянии она безжизненна и остается таковой до ее распредмечивания. А распредмечивают ее периодически либо систематически своей живой правовой культурой субъекты, которым требуется содержащаяся в ней правовая информация, которой они пополняют содержание своей живой правовой культуры для обеспечения своих возникших потребностей. Правовая культура в предметной форме при потере интереса к ее информации для жизни общества превращается в памятники правовой культуры.

3. На основании вышесказанного мы приходим к такому понятию правовой культуры общества: «Правовая культура общества есть система взаимосвязанных и взаимодействующих правовых культур всех субъектов правовой жизни данного общества, выражающихся как в живых, так и в опредмеченных ими формах». Структурно она состоит из двух взаимодействующих сложных подсистем: правотворческой и правореализационной. Каждая из них обладает своей сложной структурой.

Основой правотворческой подсистемы ПК общества является правотворческая культура субъектов правотворчества, находящаяся в трех состояниях:

а) живом в статике – находится в нем в состоянии идейно эмоционально чувственно волевой его готовности к правотворческой деятельности;

б) живом в динамике – выступает вовне организующей и направляющей силой его правотворческой деятельности;

в) предметном – опредмеченный субъектом результат своей правотворческой деятельности в узаконенном источнике права.

Но так как субъекты правотворчества наделены неодинаковой юридической силой (находятся в иерархической властной взаимозависимости), то их правотворческая культура образует иерархическую структуру правотворческой подсистемы правовой культуры общества. Так, к примеру, построенная по конституционно установленному уровню юридической силы своих субъектов правотворче-

ства, правотворческая подсистема правовой культуры современной России представляет собой трехступенчатую пирамиду. Верхнюю ступень в ней занимает живая правотворческая культура русского народа, опредмеченная в Конституции РФ 1993 года. Подчиненную ей вторую ступень занимает живая правотворческая культура Федерального Собрания РФ, опредмечиваемая им в законах. Подчиненную 1-й и 2-й ступеням третью ступень занимает правотворческая культура органов управления РФ, опредмечиваемая ими в подзаконных нормативных актах.

Здесь уместно заметить, человеку не дано прямо, непосредственно созерцать правовую культуру субъектов права в ее живых формах в многообразных правовых процессах в обществе. Непосредственно она является человеку только в опредмеченных формах. Эту опредмеченную ее часть (или состояние ее частей – состояние законодательства, например, и т.д.) многие исследователи выдают за правовую культуру в целом.

Задача субъектов правотворческой подсистемы ПК общества – облечь систему его наиболее важных общественных отношений для их надежности в форму правовых отношений. Сформированные ими общественные правоотношения статичны – безжизненны. Потому что они облечены только в предметные (безжизненные) формы правовой культуры субъектов правотворчества, и их живые формы отделить от них невозможно.

Включить общественные правоотношения в текущую правовую жизнь общества могут только субъекты права, способные занять требуемые им роли в этих общественных правоотношениях. Для чего они должны своей живой правовой культурой распределить правоотношения, считать содержащуюся в них информацию о юридических правах и обязанностях и реализовать их. Таким образом, реальная жизнь правотворческой подсистемы ПК общества обеспечивается ее второй – правореализационной подсистемой. Ее образуют субъекты права, обладающие правореализационной правовой культурой.

Основой правореализационной подсистемы ПК общества является ПК субъектов реализации права, находящаяся в трех своих состояниях:

а) живом в статике (заклучена в нем в виде правовых знаний распределения норм права, урегулировавших общественные правоотношения, умения соотносить свое поведение с их требованиями, позитивной убежденности в их ценности для себя и общества, волевой готовности к их реализации);

б) живом в динамике (организуемая и направляющая его реальную правореализационную деятельность);

в) предметном, отделенном от субъекта (в виде опредмеченного им результата своей правореализационной деятельности).

По способам реализации норм права правореализационная подсистема ПК общества подразделяется на две части: непосредственную и опосредованную. Непосредственную ее часть составляет правореализационная ПК субъектов реализации права непосредственно самостоятельно реализующих нормы права. Опосредованную ее часть составляют две взаимодействующие правовые культуры в процессах реализации норм права – правовые культуры правоприменителей и правовые культуры субъектов реализующих конкретизированные правоприменителями нормы права.

¹ Баумов М.Г. Правовая культура: понятие, структура, функции. Ярославль. 2008. С. 10.

А.В. Ваньков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СТАТУТ КАК ФОРМА АМЕРИКАНСКОГО ПРАВА В СООТНОШЕНИИ С ВИДАМИ ПРАВОВЫХ АКТОВ ПАРЛАМЕНТА

Представляется обоснованным высказанный в литературе подход к вопросу классификации основных юридических источников (форм) американского права¹, согласно которому право, понимаемое как совокупность правовых норм (то есть в нормативном смысле), в американской правовой системе подразделяется на законодательство (legislation), под которым обычно понимаются все «писаное право», и прецедентное право (case law, common law, decisional law, judge-made law²).

При таком подходе статутное право (statute law или statutory law), являясь частью законодательства, формируется из актов законодательных органов. Однако не все из них образуют статутное

право. Так, если рассматривать федеральный уровень, то акты Конгресса США могут быть следующих форм (видов)³:

1) Билль (bill) – то есть акт Конгресса США, представляющий собой будущий статут в процессе его создания, в процессе работы над ним. Такие акты можно назвать законопроектами. Конституция США использует термины «билль» и «закон» в смысле проекта закона и законодательного акта, полнотой прошедшего процедуру его принятия, соответственно. Термины «статут» и «статутное право» в Конституции США отсутствуют.

Наибольшее количество правотворческой работы Конгресса США связано именно с этим видом документов.

Билль и, соответственно, принятый в последующем закон могут быть публичными (public) или частными (private). Частные билли, в отличие от публичных, затрагивают вопросы одного субъекта – индивида, частной организации, а не общества в целом. Наличие частных статутов обусловлено иным пониманием нормы права в «общем праве». Правовая норма здесь мыслится как связанная с конкретными обстоятельствами, а не с абстрактными.

Частные статуты, которые принимаются в последние годы, касаются предоставления определенных прав физическим лицам (чаще всего права на постоянное проживание в США⁴, осуществление права собственности при наличии определенных препятствий или ограничений⁵).

Анализ содержания частных статутов позволяет заключить, что с точки зрения российского правоведа частные статуты не являются нормативными правовыми актами, так как даже при наличии признака многократности применения содержащихся в них норм они не рассчитаны на применение в отношении неопределенного круга лиц.

Исследование терминологии приводит к выводу о том, что существо билля Конгресса США как проекта закона отражено в американской Конституции более точно, чем, например, в российской. Действительно, если после одобрения документа парламентом нормативный акт не вступает в силу автоматически, нуждаясь в рассмотрении президентом, он не является законом.

Данный вывод подтверждается правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации, высказанной им в Постановлении от 17.11.1997 №17-П⁶. Данным Постановлением Конституционный суд РФ признал противоречащими Конституции РФ два постановления Государственной Думы ФС РФ, которыми было дано толкование федеральных законов. Решение мотивировано тем, что, так как участниками законотворческого процесса являются «не только Государственная Дума, но и Совет Федерации и Президент Российской Федерации», нет никаких оснований к тому, чтобы официальное толкование законов осуществлялось лишь одним из указанных субъектов законотворческого процесса.

В связи с этим профессор В.Е.Чиркин, рассматривая данную проблему, пришел к заключению о необходимости разработки иной конституционной терминологии в Российской Федерации для законотворческого процесса⁷.

Из сказанного следует, что федеральный закон, принятый Государственной Думой или прошедший законодательную процедуру в Федеральном Собрании РФ, в полном смысле слова федеральным законом не является, а является актом примерно такого же рода (по своей сущности), что и билль американского парламента.

2) Совместная резолюция (joint resolution) – акт, во многом аналогичный биллю. Эти виды актов могут использоваться взаимозаменяемо. Так, посредством совместной резолюции могут быть внесены изменения в статут, прохождение которого в Конгрессе США имело форму билля, и наоборот. Название «совместная резолюция» не свидетельствует о совместной инициативе палат парламента по ее принятию или о совместном ее рассмотрении палатами. Палата Представителей и Сенат вообще не заседают совместно.

Процедура принятия билля и совместной резолюции, за одним исключением, одинакова. Процедура принятия совместной резолюции имеет отличия от обычной законопроектной деятельности парламента в случае, когда данный вид акта Конгресса США применяется для предложения конституционных поправок. Согласно статье 5 Конституции США такая совместная резолюция должна быть одобрена двумя третями каждой из палат американского парламента, после чего она направляется в легислатуры штатов без представления Президенту США для одобрения.

3) Параллельная резолюция (concurrent resolution) – документ, принимаемый обеими палатами американского парламента по вопросам, относящимся к функционированию палат, выражению их

мнения, отражению каких-либо фактов, принципов. Одобряется обеими палатами Конгресса США, но совместной инициативы палат парламента по принятию такой резолюции или совместного рассмотрения ее палатами в практике парламента также не имеется.

4) Простая резолюция (simple resolution) – акт одной из палат Конгресса США по вопросам, затрагивающим функционирование этой палаты или выражающим ее мнение.

Параллельные и простые резолюции не должны содержать предписаний законодательного характера, и поэтому они не направляются Президенту США для подписания.

Рассмотрев виды актов американского парламента, теперь определим, какие из них будут создавать статутное право.

Под статутом (statute), как правило, понимается акт законодательного органа, закон (law), облеченный в письменную форму, который что-либо объявляет, запрещает или предписывает⁸. Федеральное статутное право США – совокупность общефедеральных законов⁹.

Однако распространенную в литературе дефиницию статута как нормативного акта, принимаемого законодательным органом соответствующего уровня¹⁰, трудно признать обоснованной. Такое описание статута неточно отражает его сущность. Приведенное выше сравнение сущности закона и акта парламента дает возможность утверждать, что статут – это акт законодательного органа, ставший впоследствии законом, получивший юридическую силу закона по результатам всех необходимых этапов процедуры принятия и одобрения такого рода акта.

Кроме того, здесь уместно принять во внимание выводы Е.А. Петровой о том, что статут во многом аналогичен закону в странах континентального права (за исключением наличия в США частных статутов), а также о том, что не всякий акт законодательного органа формирует статутное право, а только содержащий правила поведения, адресованные всему обществу (публичные статуты) или определенному субъекту (частные статуты)¹¹.

Если статутом называется закон (law), то при таких обстоятельствах можно утверждать, что статутное право формируется посредством биллей и совместных резолюций, так как именно эти виды актов могут приобрести силу закона. Следовательно, параллельные резолюции и простые резолюции не образуют статутного права.

Таким образом, федеральный статут в американском праве представляет собой нормативный правовой акт, который может содержать правовые нормы (с учетом их понимания в правовой системе «общего права») в отношении неопределенного или определенного круга лиц, принятый первоначально Конгрессом США в форме билля или совместной резолюции, и ставший впоследствии законом в установленном Конституцией США порядке.

¹ Петрова Е.А. Система источников современного американского права (теоретический и сравнительно-правовой аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 192.

² Дословный перевод фразы «judge-made law» – «право, созданное судьей», что также означает «прецедентное право». См. подробнее: Мюллер В.К. Новый англо-русский словарь: ок. 200 000 слов и словосочетаний. 11-е изд., испр. и доп. М.: Рус яз.-Медиа, 2004. С. 428.

³ John V. Sullivan. How Our Laws Are Made. Washington: U.S. Government Printing Office, 2007. P. 5-8. [Electronic resource]. URL: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc49/pdf/CDOC-110hdoc49.pdf> (retrieved 30.06.2014); Robert B. Dove, Parliamentarian, U.S. Senate. Enactment of a Law. 1997. P. 2, 3. [Electronic resource]. URL: <http://thomas.loc.gov/home/enactment/enactlaw.pdf> (retrieved 30.06.2014).

⁴ См., например: Private Law 112-1 of Dec. 28, 2012. An Act For the relief of Sopuruchi Chukwueke [Электронный ресурс]. <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-112pvt1/pdf/PLAW-112pvt1.pdf> (дата обращения 30.06.2014).

⁵ См., например: Private Law 109-1 of May 12, 2006. Betty Dick Residence Protection Act [Электронный ресурс]. URL: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109pvt1/pdf/PLAW-109pvt1.pdf> (дата обращения 30.06.2014).

⁶ Российская газета. 1997. 22 ноября.

⁷ Чиркин В.Е. Слово о конституционной терминологии // Журнал российского права. 2013. №12. С. 13–19; Чиркин В.Е. О точности терминологии по вопросу принятия закона // Журнал российского права. 2014. №4. С. 29–33.

⁸ TheFreeDictionary. Legal dictionary [Электронный ресурс]. URL: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/statute> (дата обращения 30.06.2014).

⁹ Шумилов В.М. Правовая система США. М., 2003. С. 49.

¹⁰ См., например: Бернам Уильям. Правовая система США. М: Новая Юстиция. 2006. Вып. 3. С. 104; Шумилов В.М. Указ. Соч. С. 49.

¹¹ Петрова Е.А. Указ. соч. С. 80–83.

**СВЯЗИ ПЕРВИЧНЫХ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В СТРУКТУРЕ
КОМПАРАТИВИСТСКОГО ПРАВОВОГО АНАЛИЗА**

В основе компаративистского анализа лежат связи правовых систем. При отсутствии указанных связей сложно было бы говорить о сравнительно-правовом анализе вообще, да и в целом не было бы и нужды в познании социальных систем, не способных оказать воздействие на иные правовые системы.

Специфика сравнительно-правового анализа заключается в следующем: 1) подвергаются изучению отдельные компоненты правовой действительности, правовой среды как социальной системы вторичного порядка; 2) анализируемые компоненты правовой среды находятся, как правило, в пределах разных правовых систем, что диктует необходимость учета не только содержательного и структурного, но и уровневого срезов системного анализа права; 3) при изучении компонентов правовой среды необходимо учитывать не только объективные эмпирические показатели той или иной правовой действительности, но и субъективные условия, в которых формировались реалии правовой системы (например, важно учитывать концепцию правопонимания, на которую опирается правотворческий орган при создании права).

С учетом отмеченной специфики сравнительно-правового анализа обозначим роль первичных общественных отношений в структуре компаративистского правового анализа. Первичные общественные отношения выступают базовым основанием системности права, именно их взаимодействие порождает причинно-следственные и функциональные взаимозависимости в праве. Под вторичными общественными отношениями следует понимать отношения, порождаемые наличием права, а первичные отношения возможны и без правового опосредования, регулирования.

Сравнительно-правовой анализ базируется на познании опосредования правом именно первичных общественных отношений. При этом ключевой категорией для анализа первичных общественных отношений в системе, т.е. в органичной взаимосвязи, выступает категория «деятельность». Изучение взаимодействующих общественных отношений проводится на основе познания сущностных характеристик человеческой деятельности, т.к. сама потребность в правовом регулировании отношений возникает в результате указанной деятельности.

Вполне можно сказать о том, что основа структуры человеческой деятельности во всех правовых системах идентична, как идентична и абстрактная модель общественного отношения.

Роль первичных общественных отношений в структуре компаративистского анализа необходимо учитывать не только с позиции исследования разных правовых начал, но и для понимания таких процессов, как рецепция, заимствование, унификация, преемственность в праве и других. Необходимо понимать *частноправовую направленность* первичных общественных отношений, во многом определяющую указанные процессы. Публичное право – это всегда вторичная социальная система, невозможная, не функционирующая вне государственного опосредования. Частное право же представляет собой мегасферу права, напрямую связанную с первичными общественными отношениями, в основу этой системы положены отношения между людьми, возможные и вне правового воздействия.

При сравнении разных правовых систем даже с позиции историко-правового развития, проясняется картина того, что, в первую очередь, в праве закреплялись публичные интересы, интересы всего общества, обеспечение которых невозможно без публично-правового воздействия. В процессе развития проходила формализация и частных отношений, первичных, несмотря на то, что они меньше нуждались в подобной формализации, ибо являются наиболее стабильными ввиду своей природы.

Отдельно стоит отметить значение взаимодействия первичных общественных отношений. Вполне можно рассмотреть две модели такого взаимодействия: 1) в пределах конкретного общества; 2) межсистемного взаимодействия первичных общественных отношений в пределах разных общественных систем (обществ). Эти модели уместно проанализировать через призму экстрасоциетального и интрасоциетального влияния на право.

Любое отдельно взятое государство, так или иначе, вынуждено соблюдать определенные условия, двигаться по ориентирам, которые «диктуют ему внешняя (экстрасоциетальная) и внутренняя (интрасоциетальная) социальные среды. Конечно, здесь может возникнуть ряд вопросов о свободе государственной воли, о правотворчестве, в процессе которого происходит заимствование нормативного материала из одной правовой системы в другую, будь то рецепция права (заимствование и приспособление) или процесс объективной правовой преемственности на уровне правовых институтов или даже отраслей права. Эти и другие вопросы разрешаются в процессе социальной практики в контексте сегодняшних процессов глобализации или, как часто замечают в правовой и политической науках, процессе европеизации»¹. Сама постановка проблемы взаимодействия первичных общественных отношений в рамках двух моделей позволяет выделить, как минимум, два уровня первичных общественных отношений с точки зрения государственно-правового среза бытия: 1) внутригосударственный (национальный), 2) межгосударственный.

Для компаративистского правового анализа эти модели взаимодействия первичных общественных отношений довольно интересны ввиду следующих обстоятельств. Взаимодействие первичных общественных отношений внутри страны (первая модель) позволяет: объяснить специфику национальной системы права и правовой системы, познать сложные процессы конституционализации социальных нормативов на основе ценностей, сложившихся в конкретном обществе.

Вторая модель взаимодействия первичных общественных отношений позволяет понять сущностную и содержательную стороны влияния одной правовой системы на другую посредством изучения оснований этого влияния. Связи первичных общественных отношений на межгосударственном уровне – явление довольно сложное. Анализ указанной модели должен строиться на основе разграничения частноправовых и публично-правовых отношений. В основу же должен быть положен цивилизационный подход к развитию общества, права, когда право закрепляет ценности цивилизации².

Указанные модели взаимодействия требуют достаточно глубокого познания в контексте их содержательного анализа, здесь следует изучить и роль международного и внутригосударственного права в этом деле, а также факторов, обуславливающих интеграцию общественных отношений и их правовое опосредование. На наш взгляд, учет первичных общественных отношений в их системном взаимодействии при компаративистском анализе будет способствовать повышению эффективности правового регулирования, преодолению «анатомической»³ оценки законодательства, т.е. «вне их системной связи с другими регуляторами, когда юридические тексты готовятся плохо и наспех, закон подвержен влиянию одних социальных интересов и безучастен к учету других, когда он не рассматривается как сложный механизм действия правовых регуляторов с участием людей»⁴.

¹ Воронин М.В. Основания и проявления системности права: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2013. С. 85.

² Бехруз Х.Н. Основы цивилизационного подхода в сравнительном правоведении. Одесса: Феникс, 2007. С. 46.

³ Хабриева Т.Я., Тихомиров Ю.А. Творческий потенциал науки // Журнал российского права. 2010. №10(166). С. 5.

⁴ Там же.

Н.А. Головизнин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВОПОНИМАНИЯ В РОССИИ. РОССИЙСКИЙ ТИП ПРАВОПОНИМАНИЯ

Облик современного правопонимания в России – противоречивое явление. Существует множество точек зрения о его сущности, но это не различные концепции, а плюрализм мнений. Большинство ученых считают, что это исключительно научный вопрос. Общественные настроения отражают заинтересованность общества в вопросах правопонимания и правоприменения, что вполне закономерно в демократическом правовом государстве. Поскольку общество стало глубже осознавать свою роль в праве, термин правопонимание помимо сугубо научного приобретает более широкое и распространенное значение.

Концепции правопонимания, которые сложились уже давно, не могут удовлетворить современные потребности общества в правовом регулировании. Возникают следующие предположения: право

обрело новый облик и требует нового понимания; общество сделало качественный прорыв относительно понимания правосознания; общественные отношения вышли за рамки регулирования существующих норм права и требуют качественного и содержательного регулирования.

Правопонимание – очень непростое явление, которое требует всестороннего изучения для уяснения сущности и важности этого понятия.

Вместе с тем дать дефиницию права практически невозможно. В России – это определенный концепт – слово, несущее в себе неопределенное множество значений. Право – смысловая единица, определяющаяся, прежде всего, правосознанием. Правосознание присуще субъектам права – индивидам, следовательно, общий портрет права формируется через сознание индивидов, которые представляют общество. Единого понимания и определения права быть не может, а концепция правопонимания представляет собой анализ ученым–юристом поведения общества – осознания им законов и норм, называемых правом, что в результате вытекает в интеллектуальную позицию ученого, в его субъективное мнение.

Что касается правопонимания, то выделим черты, характеризующие его как правовое явление с точки зрения науки: интенциональность и тенденциозность. Интенциональность правопонимания – это способность направлять познавательный процесс в определенные плоскости. Тенденциозность – проявление в реальности того, что отлично от нее (как сущность отличается от явления).

В настоящий момент развитие правопонимания определяется следующими тенденциями:

- 1) стремление ученых расширить круг отношений, регулируемых правом;
- 2) раскрытие новых аспектов права;
- 3) разработка интегративного (синтетического) подхода к правопониманию;
- 4) становление новых отраслей права;
- 5) расширение массивов правоотношений, выделение новых структурных институтов и подинститутов отраслей права;
- 6) обособление власти и обособление закона, обоюдное взаимопроникновение правопонимания и правоприменения.

Вышеизложенные тенденции тесно взаимосвязаны, влияют на формирование новых взглядов на правопонимание и развитие существующих концепций в ключе насущных исторических событий.

Вопрос о современном положении права в России, которое определено достаточно лаконично и формально, остается дискуссионным. Отправной точкой по-настоящему эволюционного развития права в нашей стране следует считать Конституцию Российской Федерации 1993. Именно этот документ способствовал модернизации всей правовой системы, иллюстрация которой отражена в комментариях В.Д. Зорькина и представлена следующими положениями:

- социально-нормативная и правовая модернизация российского общества;
- модернизация системы права;
- правовая модернизация государства.

Правовая государственность – направление развития общества и права, в которых право получает ключевую роль и абсолютный приоритет. В настоящее время действует концепция развития правового государства, в рамках которой право является целью и средством развития общества. Исходя из этого логично предположить, что для такого государства характерна нормативистская концепция правопонимания, но право – это интегральная часть целого социокультурного комплекса, который имеет различные составляющие: моральные, философские, исторические, религиозные, культурные. Немалую роль в развитии права и правопонимания играет российская правовая традиция. Под традицией в данном контексте следует понимать самые различные явления культуры в целом.

Для России характерно обособление не только исторического развития, но и менталитета общества, поэтому, учитывая вышеизложенное, можно предположить о развитии особого российского типа правопонимания. Вероятно, именно подобный тип правопонимания и является интегративным для российского общества и права, но его интегративность заключается не в гармонизации и слиянии существующих концепций правопонимания, а в интеграции явлений, формирующих правовую мысль общества.

**РЕЛИГИОЗНЫЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В ПОСЛЕДНЕМ УГОЛОВНОМ КОДЕКСЕ
РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ**

Уголовное уложение 1903 г. стало последним законодательным актом Российской империи, в котором религиозные преступления составляли особенную часть. Представленные во второй главе «О нарушениях, ограждающих веру постановлений» они были введены в действие законом от 14 марта 1906 г. При этом из 26 статей, предусмотренных проектом, две статьи (91 и 92) были отменены, а ряд статей (80, 84, 86, 90, 93, 94, 96, 98) – значительно изменены. Необходимость этих изменений вытекала из Указа от 17 апреля 1905 г. об укреплении начал веротерпимости, приравнявшего старообрядчество к иным христианским вероисповеданиям и снявшим некоторые ограничения с неправославного христианского духовенства. Появление данного указа в условиях начавшейся первой русской революции отразило стремление правительства снизить накал недовольства самодержавием со стороны многомиллионной массы старообрядцев, за которыми стоял мощный торгово-промышленный капитал.

По мнению многих юристов, Уголовное уложение 1903 г. представляло значительный шаг вперед в развитии русского уголовного права в целом и религиозных преступлений в частности¹. И действительно, с внешней стороны изменения были достаточно значительными. Вместо 81 статьи Уложения о наказаниях уголовных и исправительных в редакции 1885 г. вступившая в действие вторая глава содержала всего 24 статьи. Но существенное сокращение количества статей еще не может служить доказательством принципиальных изменений. Последнее, по справедливому замечанию В.Н. Ширяева, указывало лишь на более совершенную технику редакторов закона, сумевших «втиснуть» прежний объем в более узкую форму². Изменилась и классификация религиозных преступлений. Редакционная комиссия распределила религиозные посягательства на 8 групп: 1) надругательства и осмеяние церкви и религиозных верований (ст. 73–77); 2) неисполнение церковных требований, признаваемых со стороны государства, имеющих общегражданское значение (ст. 78); 3) нарушение уважения к усопшим (ст. 79); 4) нарушение свободы отправления веры (ст. 80, 81); 5) совращение при указанных в законе условиях (ст. 82–87); 6) проповедь некоторых лжеучений (ст. 90); 7) принадлежность к вероучениям, признаваемым нетерпимыми в государстве (ст. 96); 8) нарушение особых постановлений в ограждении православной веры от отвлечения православных в другие вероисповедания (ст. 88, 89, 93, 94, 95). Вне данной классификации остались ст. 97 и 98, устанавливающие ответственность за самовольное присвоение сана христианского священника, оскорбление или насилие в отношении православного священника. Подобная классификация представляется поверхностной, поскольку больше соответствует канонической точке зрения, согласно которой объектом преступного посягательства выступает сама религия³.

Более существенное значение имели изменения внутреннего содержания. При разработке конкретных составов создатели Уголовного уложения отказались от концепции канонического права, рассматривая в качестве объекта религиозных деяний публичные, государственные интересы. Существенно сократился перечень составов религиозных преступлений за счет исключения следующих категорий: святотатства, повреждения предметов как освященных, так и почитаемых священными, лжеприсяги, уклонения от исполнения непосредственных церковных постановлений, перехода из христианства в нехристианские религии, перехода из православия в иные христианские исповедания. Некоторые из этих составов были отнесены к другим категориям преступлений, иные декриминализованы.

Определенный прогресс можно отметить в формулировке ряда составов, в частности, богохулении, кощунстве и совращении. Кроме того, следует особо указать на распространение защиты закона на нехристианские вероисповедания и исключение наказуемости за один факт воспитания детей по правилам ненадлежащего вероисповедания.

К важным достоинствам Уголовного уложения следует отнести смягчение силы и степени наказуемости религиозных преступлений. Самым суровым наказанием являлась каторга сроком до 6 лет, в то время как в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных в редакции 1885 г. максимальный срок каторжных работ достигал 15 лет. Более того, в силу ст. 53 Уголовное уложение позво-

ляло заменить каторгу ссылкой на поселение, а последнее наказание – заключением в крепости сроком не ниже 1 года.

Издание указа «Об укреплении начал веротерпимости» от 17 апреля 1905 г. и Манифеста от 17 октября 1905 г., провозгласившего начала свободы совести, вызвали необходимость внести новые изменения в содержание II главы Уголовного уложения. Поправки отменяли наказуемость «публично-го оказательства раскола», а сам раскол и его толки уравнивали с иными христианскими вероисповеданиями. Тем не менее принцип свободы совести не нашел полного отражения в сфере религиозных преступлений. Проведение в жизнь этого принципа настоятельно требовало уничтожения господствующего положения православной церкви, полного отказа государственного вмешательства в дело индивидуальной веры, а этого законодатель не мог допустить. Это проявлялось в неравной степени защиты различных вероисповеданий со стороны закона (ст. 76). Как реликт прошлого, сохранялся состав преступления, предусмотренный ст. 81 и устанавливающий ответственность за воспрепятствование исполнять свои религиозные обязанности христианину, состоящему в особых отношениях подчиненности к нехристианину.

Признавая ненаказуемым саму принадлежность к религиозным учениям, являвшимся нежелательными, Уголовное уложение традиционно сохраняло исключения для лиц, принадлежащих к «изуверным учениям». Таковыми, начиная со Свода законов, признавались те вероучения и секты, чья деятельность была связана с посягательствами на жизнь, телесной неприкосновенностью подданных и общественной нравственностью. К числу подобных сект закон относил хлыстов и скопцов. Виновные в принадлежности к этим сектам наказывались ссылкой на поселение «в особо предназначенные местности».

Стремление обеспечить особую охрану православию обусловлено сохранение в кодексе ст. 90. Конструкция деяния, предусмотренная данной статьей, была близка к составу ст. 129 о наказуемой пропаганде, имеющей политический и социальный характер. Единственное отличие заключалось в наличии специальной цели у религиозной пропаганды – совращение православных в иное вероисповедание. Следует отметить, что до Указа от 17 апреля 1905 г. отпадение от православия было юридически невозможным. После вступления этого указа в действие такое отпадение стало возможным только для лиц в возрасте от 14 до 21 года. Для лиц до 14 лет отпадение наступало при переходе в другое исповедание обоих родителей, а для лиц старше 21 года был установлен особый порядок юридического признания отпадения от православия.

Таким образом, глава, содержащая религиозные преступления, представляла собой достаточно случайную комбинацию составов, которые возникли в результате попыток совместить уже давно осужденные историей доктрины с современностью. Отдельные попытки проведения в жизнь принципа свободы совести и установления паритетных начал в уголовно-правовой охране всех религий носили незавершенный характер, наталкиваясь на стремление законодателя сохранить преимущественное значение православия и государственное вмешательство в дело индивидуальной веры.

¹ Евангулов Г.Г. Уголовное уложение. СПб., 1903. С. 92.

² См.: Ширяев В.Н. Религиозные преступления. Историко-догматический очерк. Ярославль, 1909. С. 351.

³ Уголовное уложение. Проект редакционной комиссии и объяснения к нему СПб., 1895. Т. IV. С. 43.

А.А. Кириченко

Николаевский национальный университет им. В. А. Сухомлинского, г. Николаев

РАЗВИТИЕ ОТДЕЛЬНЫХ БАЗИСНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Развитие положений такого рода представители научной школы юриспруденции профессора Аланкира¹ видят в следующем образом.

Базисными свойствами права являются: 1. Право как способ регулирования общественных отношений и управления государством. 2. Право как форма реализации общественных возможностей политсубъектов.

Первое базисное свойство права характеризует данную базисную категорию юриспруденции как базисный объект юриспруденции. Этим обнажается и семантическая несостоятельность словосочетания «нормативно-правовое регулирование» и др. производных терминов. Правовое регулирование (как и любое иное: моральное, религиозное и пр.) не может существовать вне рамок нормативно-

го регулирования (а право, мораль, религия и пр. – вне нормы), в акценте внимания нормативности которого нет необходимости.

Наказание за нарушение норм морали и права может быть назначено вскоре после совершения правонарушения, а за нарушение норм религии – лишь после смерти человека. Последнее является основным отличительным признаком разграничения этих нормативных способов дистанционного управления волей социосубъектов, что, в первую очередь, и определяет несовершенство религиозных норм в таком качестве.

Способы дистанционного управления волей социосубъектов подразделяются на: 1. **Нормативные:** 1.1. Нормы морали. 1.2. Нормы религии. 1.3. Нормы права (материализованная форма власти народа). 1.4. Нормы политической целесообразности (или, если говорить на бытовом уровне, нормы «жизни по понятиям»). 2. **Ненормативные:** 2.1. Психозгоизм. 2.2. Эгогенотизм. 2.3. Полиэгоизм (сочетание названных и иных перспективных способов ненормативного дистанционного управления волей социосубъектов).

Наиболее эффективным, рациональным, качественным и, как показало, все предыдущее общественное развитие, единственно возможным способом дистанционного управления волей социосубъектов в гуманистическом государстве является нормативный, т.е. устное или письменное установление: 1. Условий, при которых должно быть реализовано определенное правило поведения субъекта или субъектов (гипотеза). 2. Собственно таких правил поведения (диспозиция). 3. Негативных последствий, которые должны наступить, если данное правило не будет исполнено в полном объеме (санкция).

До сих пор нормы права или правовое регулирование остается одним из наиболее эффективных регуляторов общественных отношений в гуманистическом обществе, который только и может привести к реальному господству принципа «сила закона» или «сила власти народа», в то время как иные нормативные (мораль, религия, политическая целесообразность) и ненормативные способы дистанционного управления волей социосубъектов призваны утвердить реализацию принципа «закон силы» или «закон меньшинства (антинарода)», т.е. когда решения в обществе принимаются на основе волеизъявления фактически меньшинства избирателей и/либо «закон неосознанного большинства (квазинарода)», т.е. когда такого рода решения, хоть и принимаются на основе волеизъявления большинства избирателей, но неосознанно, когда голосующие не понимают, за что именно практически голосуют.

Нормы морали и нормы религии в определенной степени могут способствовать реализации и принципа «сила закона», но они по сравнению с нормами права в любом случае являются менее эффективными, рациональными и качественными способами дистанционного управления волей социосубъектов – способами регулирования общественных отношений и государственного управления. Ведь исполнение норм морали поддерживается лишь осуждением окружающих, а исполнение норм религии – спорным в контексте доказанности и перспективным (лежащим за пределами реальной жизни каждого конкретного человека в контексте реализации) божественным контролем. Наказание за нарушение норм морали и права может быть назначено вскоре после совершения правонарушения, а за нарушение норм религии – лишь после смерти человека. Последнее является основным отличительным признаком разграничения этих нормативных способов дистанционного управления волей социосубъектов, что, в первую очередь, и определяет несовершенство религиозных норм в таком качестве.

В настоящее время распространен и такой способ регулирования общественных отношений, как «политическая целесообразность», что не очень отличается от управления волей иных субъектов нормами «жизни по понятиям» и должно быть возвращено (вместе с системой неюридических наук с общим названием «государственное управление») в «лоно» юриспруденции и в правовое поле. Противное неизбежно приводит к административному произволу и к становлению антипода правового государства, а, значит, и к совершению особо тяжкого преступления – к нарушению ст. 1 Конституции Украины, провозгласившей данное государство правовым. Любой субъект, а тем более должностное лицо или репортер массмедиа либо, что значительно хуже, - политик, вне правового регулирования, чаще всего, в силу обычной степени причиненного ущерба, - потенциальный особо опасный преступник.

Базисными социосубъектами правового регулирования являются: 1. Физическое лицо. 2. Юридическое лицо. 3. Государство в целом как суммативное физическое и юридическое лицо.

Доктрина сбалансированности правового статуса социосубъектов сводится к следующему:

1. **Состав социосубъектов:** 1.1. Физические лица. 1.2. Юридические лица. 1.3. Государство как суммативное физическое и юридическое лицо.

2. **Состав правового статуса социосубъектов:** 2.1. Право (возможность определенного социосубъекта воспользоваться конкретным положительным результатом общественного развития). 2.2. Свободы (акцент внимания на альтернативности и беспрепятственности выбора перечисленными субъектами такой возможности). 2.3. Обязанности (необходимость исполнить социосубъектами предписание, поддерживаемого государственным принуждением). 2.4. Интересы (возможность социосубъекта использовать в своих целях такое право, свободу или обязанность иного социосубъекта).

3. **Внутренний баланс правового статуса социосубъектов**, когда права, свободы и интересы каждого из социосубъекта должны обосновывать появление соответствующего объема его обязанностей.

4. **Внешний баланс правового статуса социосубъектов**, когда правовой статус одного социосубъекта должен быть соизмерим с правовым статусом другого социосубъекта того же уровня и вида.

5. **Алогичность реализации прав, свобод, интересов и/либо обязанностей одного социосубъекта за счет нарушения правового статуса другого социосубъекта.**

¹ Кириченко А.А. Около двухсот лучших доктрин и концепций юриспруденции научной школы профессора Аланкира (приглашение к дискуссии): научный гипердоклад [кол. авт. под науч. ред. А. А. Кириченко] / 57 543 слова // Четвертый Пермский конгресс ученых-юристов. Междунар. науч.-практ. конференция, 18.10.2013 г., Пермский нац. исслед. ун-т. Российская Федерация [Электронный ресурс]. URL: <http://permcongress.com/4thcongress/tezis> (дата обращения: 10.06.2014).

Т.А. Коросташова

*Институт истории, политологии и права Николаевского национального университета
им. В.А. Сухомлинского, г. Николаев*

РАЗВИТИЕ ДОКТРИНЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

Развитие данной доктрины следует представить таким образом:

1. **Конституционная ответственность**, сущность которой заключается в привлечении виновного субъекта властных полномочий к:

1.1. **Восстановительной конституционной ответственности** в виде отмены правового акта или решения либо в запрете длящегося деяния такого или иного субъекта, которое нарушает определенную норму хотя бы подзаконного акта, а, следовательно, и текущего закона, и, в конечном счете, и Конституционного кодекса Украины.

1.2. **Сопутствующей конституционной ответственности** в виде:

1.2.1. **Возбуждения судопроизводства соответствующего вида** в зависимости от степени причиненного вреда и сущности нарушенных правоотношений для привлечения субъекта властных полномочий к карательно-воспитательной ответственности, а если окончание или полное восстановление нарушенного правового статуса потерпевшего возможно лишь в рамках иного вида судопроизводства, то и к восстановительной ответственности в рамках этого судопроизводства.

1.2.2. **Иного устранения причин и условий**, способствовавших совершению данного правонарушения, при необходимости и лечения различных видов зависимости.

2. **Антикриминальная ответственность** (при причинении существенного и более физического, имущественного и/или морального вреда любым государственно-управленческим правоотношением):

2.1. **Позитивная антикриминальная ответственность** (отдельные ее виды практически выступают в качестве негативной юридической ответственности, но концептуально следует стремиться к использованию их лишь в качестве позитивной юридической ответственности, которая не должна допускать совершения правонарушения) : 2.1.1. Лечение различных видов зависимости: 2.1.1.1. Обменозависимости (алкоголизма, наркомании, токсикомании и др.). 2.1.1.2. Сексуалзависимости, т. е. сексуального предпочтения (педофилии, зоофилии, некрофилии и др.). 2.1.1.3. Психозависимости (виртуальнофилии, азартноигрофилии, фанатоигрофилии шоуфанатфилии, националфилии, шовинистофилии, теофилии, сектанктофилии и др.). 2.1.2. Специальная конфискация (безвозмездное изъятие криминогенных объектов). 2.1.3. Оплатное изъятие криминогенных объектов. 2.1.4. Устранение иных причин и условий, способствующих совершению преступлений, иных макроправонарушений (в т. ч. устранение антикриминальных пробелов законодательства).

2.2. **Негативная антикриминальная ответственность** (наступающая после совершения макроправонарушения):

2.2.1. **Карательно-воспитательная антикриминальная ответственность**: 2.2.1.1. **Наказания**: 2.2.1.1.1. Допенитенциарные: 2.2.1.1.1.1. Срочное преследование (на протяжении сроков давности). 2.2.1.1.1.2. Пожизненное преследование (за преступления против мира и безопасности человечества). 2.2.1.1.2. Пенитенциарные: 2.2.1.1.2.1. Базисные: 2.2.1.1.2.1.1. Срочные: 1.2.1.1.2.1.1.1. Основные: штраф, общественные работы, исправительные работы, ограничения военнослужащих, арест, ограничение воли, содержание в дисциплинарном батальоне, лишение свободы. 2.2.1.1.2.1.1.2. Дополнительные: лишение военного, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса; общая конфискация (конфискация имущества); лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью. 2.2.1.1.2.1.2. Пожизненные: 2.2.1.1.2.1.2.1. Основные: смертная казнь, пожизненное заключение, химическая, иная кастрация или стерилизация и др. 2.2.1.1.2.1.2.2. Дополнительные: лишение специального звания, права занимать определенные должности, заниматься определенной деятельностью. 2.2.1.1.3. Постпенитенциарные: 2.2.1.1.3.1. Надзор. 2.2.1.1.3.2. Судимость (упоминание о судимости после ее снятия или погашения – преступление: для должностного лица превышение власти или служебных полномочий; в тоже время для физического лица не может быть и такого состава, как «клевета», а должен быть установлен специальный состав). 2.2.1.2. **Паранаказания** (в отношении лиц, достигших 11-летнего возраста, но не достигших возраста назначения наказаний), когда деление аналогично наказаниям с основными паранаказаниями в виде принудительных мер воспитательного характера. 2.2.1.3. **Квазинаказания** (в отношении лиц, не достигших 11-летнего возраста), когда деление аналогично паранаказаниям с основными квазинаказаниями в виде мер воспитательного характера. 2.2.1.4. **Квазипаранаказания** (в отношении невменяемых и ограниченно вменяемых лиц) с системой основных квазипаранаказаний в виде принудительных мер медицинского характера.

2.2.2. **Восстановительная антикриминальная ответственность**: 2.2.2.1. **Солидарная восстановительная антикриминальная ответственность** (при причинении ущерба совместными преступными деяниями неопределенного количества лиц определенного суммативного юридического лица или организации): 2.2.2.1.1. Контрибуция (тотальная, региональная, локальная). 2.2.2.2. **Индивидуальная восстановительная антикриминальная ответственность** в виде возмещения физического, материального и морального вреда и иного восстановления прав, свобод, интересов или обязанностей физических, юридических лиц, государства.

2.2.3. **Сопутствующая антикриминальная ответственность**: 2.2.3.1. Отдельные виды позитивной антикриминальной ответственности, которые не были проведены до совершения макроправонарушения. 2.2.3.2. Поддержка антикриминального позитива (поощрение способствования устранению причин и условий и/или иному преодолению макроправонарушений).

3. **Административная ответственность** (при причинении менее, нежели существенного, такого вреда внешним по отношению к юридическому лицу государственно-управленческим правоотношениям, за исключением имущественно-договорных).

4. **Дисциплинарная ответственность** (при причинении менее, нежели существенного, вреда внутренним по отношению к юридическому лицу государственно-управленческим правоотношениям, за исключением имущественно-договорных).

5. **Де-факто имущественно-договорная ответственность** (при причинении такого вреда традиционным гражданским правоотношениям, т. е. имущественно-договорным и связанным с ними личным неимущественным правоотношениям между физическими лицами, физическим и юридическим лицом).

6. **Де-юре имущественно-договорная ответственность** (при причинении такого вреда традиционным арбитражным или хозяйственным правоотношениям, т.е. имущественно-договорным правоотношениям между юридическими лицами).

Дальнейшее ступенчатое сущностное видовое деление административной, дисциплинарной де-факто имущественно-договорной и де-факто имущественно-договорной ответственности подлежит разработке аналогично антикриминальной ответственности.

ПОНЯТИЕ ПРАВОВОГО ВОСПИТАНИЯ КАК ОСОБОГО ВИДА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Развитие Российской Федерации как демократического, правового государства в современных условиях глобализации невозможно без высокой правовой образованности ее населения.

«Правовая образованность необходима, чтобы расти в условиях демократии», – гласит Указ Президента Российской Федерации от 28.06.1993 №966 «О Концепции правовой информатизации России» (в редакции указов Президента Российской Федерации от 19.11.2003 №1365, от 22.03.2005 №329)¹.

Повышение правовой образованности достигается посредством правового воспитания.

Указом Президента Российской Федерации от 06.07.1995 №673 «О разработке концепции правовой реформы в Российской Федерации»² развитие системы правового воспитания установлено в качестве одного из основных элементов концепции правовой реформы.

Правовое обучение и воспитание закреплено в качестве одной из основных задач в Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 г., утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 01.06.2012 №761³, а также в Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г., утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 17.11.2008 №1662-р⁴.

В правовой науке нет единой трактовки понятия «правовое воспитание».

В разное время свои научные взгляды обратили к пониманию правового воспитания такие ученые, как С.С. Алексеев, П.П. Баранов, А.Д. Бойков, А.С. Бондарев, Н.В. Витрук, М.М. Галимов, Н.Ю. Ган, В.В. Головченко, Н.Л. Гранат, А.Ф. Гранин, Г.П. Давыдов, Т.И. Демченка, А.И. Долгова, Т. Доронова, Н.В. Зеленова, В.П. Казимирчук, А.А. Кваша, Д.А. Керимов, Н.И. Козюбра, В.Н. Кудрявцев, О.А. Лукашова, М.Н. Марченко, А.В. Мицкевич, О.Ф. Мураметс, К.В. Науменкова, Е.В. Певцова, И.Ф. Покровский, Л.А. Польщикова, Е.А. Рассолова, И.Ф. Рябко, В.П. Сальников, В.М. Сапогов, В.Г. Стрекозова, Е.В. Татаринцева, В.В. Тищенко, Ф.Ф. Третьякова, Н.И. Элиасберг, Л.С. Явич и др.

Имеющиеся в науке точки зрения относительно трактовки понятия «правовое воспитание», в первую очередь, делят его на узкое (целенаправленная преднамеренная деятельность) и широкое.

Главным отличием первого от второго является то, что правовое воспитание в узком смысле слова осуществляется намеренно конкретными правовоспитателями и направлено, на повышение правовой культуры воспитуемых, а в широком понимании правовое воспитание происходит стихийно, под воздействием всех факторов правовой жизни общества и государства.

Б.К. Мартыненко, исследуя понятие «правовое воспитание», приходит к выводу, что это «целенаправленная деятельность по трансляции (передаче) правовой культуры, правового опыта, правовых идеалов и механизмов разрешения конфликтов в обществе от одного поколения к другому и их закрепление в сознании людей как признаваемых и уважаемых ими поведенческих стереотипов»⁵.

Во-вторых, большинство правоведов правовое воспитание понимают только в узком смысле. Причем представленные в юридической литературе точки зрения на феномен «правовое воспитание» объединяют понятия «деятельность», «процесс», «система мер». Отличием одних взглядов от других служит набор признаков, свойств данной деятельности, ее содержание, цель правового воспитания, круг правовоспитателей.

Так, Л.А. Польщикова, анализируя точки зрения на правовую дефиницию «правовое воспитание» Н.И. Элиасберга, Н.Ю. Гана, В.М. Сапогова, Е.А. Рассоловой, Е.В. Татаринцевой, приходит к тому, что под данным правовым феноменом следует понимать «важную составную часть целостного воспитательного процесса, содержанием которого является целенаправленное и систематическое влияние на правовое сознание ребенка, его отношений к ценностям свободы, справедливости, равенства, гуманизма, а также готовности к освоению и принятию правовых норм с целью формирования правовой воспитанности»⁶.

Ряд ученых необоснованно сужает круг лиц, способных осуществлять правовоспитательный процесс. Так, М.Н. Марченко, В.Г. Стрекозов пишут, что под правовым воспитанием принято понимать «целенаправленную систематическую деятельность государства, его органов и служащих, об-

ественных объединений и трудовых коллективов по формированию и повышению правового сознания и правовой культуры»⁷.

Существует и легальное определение правового воспитания. Так, в соответствии с Концепцией воспитания личного состава Вооруженных сил Российской Федерации, утвержденной приказом министра обороны Российской Федерации от 11 марта 2004 г. №70 «Об органах воспитательной работы Вооруженных сил Российской Федерации», правовое воспитание – это целеустремленное и систематическое влияние на сознание, чувства и психологию военнослужащих в целях формирования у них устойчивых правовых представлений, убеждений и чувств, привития им высокой правовой культуры, навыков и привычек активного правомерного поведения.

Синтезируя трактовки различных ученых правового феномена «правовое воспитание», можно сделать вывод, что предложенные ими цели, на которые направлена деятельность, процесс, система мер, подпадают под понятие «правовая культура». При этом понятие «правое воспитание» напрямую зависит от понимания правоведом понятия «правовая культура».

В связи с этим, в целях выработки универсального определения правового воспитания считаем уместным в данном понятии заменить перечисление направлений деятельности на правовую категорию «правовая культура».

Таким образом, результатом указанного синтеза явится термин «правовое воспитание» как деятельность, направленная на формирование высокой правовой культуры.

На наш взгляд, представляется неверным указание в определении на свойства данной деятельности.

С учетом вышеизложенного и признания комплексности существующих подходов к явлению правового воспитания мы можем предложить следующее определение: правовое воспитание – это система взаимодействия субъекта и объекта в целях формирования высокой правовой культуры.

В данном понятии мы подчеркиваем, что правовое воспитание – это не воздействие правовоспитателя на воспитуемого, а именно их взаимодействие.

Субъект правовоспитательного процесса не может достигнуть каких-либо результатов по формированию высокой правовой культуры без ответных сигналов воспитуемых – о том, что они воспринимают оказываемое на них воздействие, сигналов, свидетельствующих об уровне имеющейся и достигаемой в процессе правового воспитания правовой культуры и иных многочисленных ответных реакций, необходимых воспитателю для разработки и реализации правовоспитательной программы.

¹ *Российские вести*. 13.07.1993. №132.

² *Российская газета*. 12.07.1995. №133.

³ *Собрание законодательства РФ*. 04.06.2012. №23, ст. 2994.

⁴ *Собрание законодательства РФ*. 24.11.2008. №47, ст. 5489.

⁵ *Проблемы теории государства и права* / под ред. В.М. Сырых. М.: Эксмо, 2008. С. 497.

⁶ *Польщикова Л.А.* Идеи естественного права как гуманистический ориентир в правовом воспитании детей старшего дошкольного возраста // *Педагогическое образование в России*. 2013. №6. С. 234.

⁷ *Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т.* / под ред. проф. М.Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998. Т. 2: *Теория права*. С. 395.; *Теория государства и права* / под ред. проф. В.Г. Стрекозова. М.: Интерстиль; Омега-Л, 2008. С. 218–219.

А.Г. Матвеев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НОРМА О ПРАВЕ ТРЕБОВАТЬ ВЫПЛАТЫ КОМПЕНСАЦИИ ЗА КАЖДЫЙ СЛУЧАЙ НЕПРАВОМЕРНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПРОИЗВЕДЕНИЯ КАК ОРУДИЕ ОБОГАЩЕНИЯ ПРАВООБЛАДАТЕЛЕЙ

Выплата компенсации за нарушение исключительного авторского права является очень удобным инструментом для правообладателей. Этот способ защиты должен иметь только восстановительную функцию, так как он применяется вместо возмещения убытков. Однако в законодательстве и тем более в судебной практике институт выплаты компенсации за нарушение исключительных прав приобрел некоторые явно карательные черты, которыми недовольны правонарушители и которые активно обсуждаются в юридическом сообществе.

© Матвеев А.Г., 2014

Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ, грант №13-03-00191

Одним из неоднозначных и сомнительных положений о компенсации является абз. 3 п. 3 ст. 1252 ГК РФ в редакции, действовавшей до 1 октября 2014 г., согласно которому правообладатель вправе требовать от нарушителя выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации либо за допущенное правонарушение в целом. Наличие возможности требовать выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения можно было бы объяснить тем, что в ГК РФ представлена модель единого исключительного авторского права, содержание которого обусловлено конкретными легально закрепленными способами использования произведения. Соответственно, неправомерное распространение, исполнение, доведение до всеобщего сведения музыкального произведения формально образуют одно правонарушение, тогда как фактически каждый из этих способов использования произведения причиняет правообладателю самостоятельный ущерб. Однако такая логика не является безупречной, более того, она была извращена и доведена до абсурда в некоторых актах судебной практики.

1. Норма о праве требовать выплаты компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения появилась в российском праве не с принятием ч. 4 ГК РФ, а с принятием Федерального закона от 20 июля 2004 г. «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах». В Законе РФ об авторском праве регламентировались отдельные исключительные права, соответствующие по своему содержанию способам использования произведения. Поэтому рассматриваемая норма о компенсации за каждый случай была явным ужесточением ответственности контрафакторов, а не юридико-техническим приемом, решающим задачу детализации правового регулирования.

2. Правообладатели, выбирая между требованием компенсации за правонарушение в целом и за каждый случай естественно предпочитают тот способ расчета, который сулит им больший доход. Так, правообладатель семи стихотворных произведений обнаружил, что на сайте rozdravlalka.com без его согласия размещены эти объекты в текстовой форме, в форме аудиофайла. Также на сайте имелась опция передачи каждого из произведений в виде звуковой открытки на мобильный телефон любому получателю. Правообладатель обратился в арбитражный суд с иском и просил взыскать с ответчика компенсацию в размере 210000 руб. по 10000 руб. за каждый из трех случаев нарушения прав по каждому из семи произведений. Решением арбитражного суда от 25 февраля 2013 г. по делу №А27-20650/2012 иск удовлетворен в полном объеме. Суд указал, что использование каждого из семи произведений осуществлялось следующими способами: доведение до всеобщего сведения (произведения размещены на сайте таким образом, что любые лица могут осуществлять в любое время и из любого места доступ к ним по собственному выбору), публичное исполнение (произведения доступны для прослушивания непосредственно на сайте), распространение (в отношении каждого из размещенных на сайте произведений присутствует опция его отправки в качестве звуковой открытки на мобильный телефон любому получателю). Постановлением суда апелляционной инстанции от 11 июня 2013 г. решение оставлено без изменения. Судьи ошибочно применили п. 4 ст. 1515 ГК РФ о компенсации за нарушение права на товарный знак, что показывает их некомпетентность в решении вопросов авторского права.

3. Суд по интеллектуальным правам, призванный хорошо разбираться в соответствующей сфере, Постановлением от 11 октября 2013 г. оставил акты судов первой и апелляционной инстанций в силе. Суд неверно сослался на правовую позицию ВАС РФ, выраженную в Постановлении от 20 июля 2010 г. №2995/10, согласно которой переработка и распространение произведения, совершенные одним лицом, и распространение переработанного произведения, совершенное другим лицом, образуют два самостоятельных случая неправомерного использования произведения. Суд по интеллектуальным правам применил эту позицию к делу, где права нарушало одно лицо. Суд указал, что допущенные нарушения авторских прав истца, выраженные в размещении на интернет-сайте семи стихотворений в текстовой и аудио-формах, а также путем предоставления возможности скачивания на мобильный телефон образуют самостоятельные составы правонарушения и служат основанием для взыскания компенсации за каждый из способов использования произведения.

Итак, суды всех трех инстанций правильно квалифицировали размещение текста стихотворений на сайте как доведение до всеобщего сведения. Размещение на сайте звукового файла с исполненным стихотворением, конечно же, не является публичным исполнением в смысле ГК РФ. Конститутивным признаком исполнения выступает представление произведения в месте, открытом для свободного посещения, или в месте, где присутствует значительное число лиц, не принадлежащих к обычному кругу семьи (пп. 6 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). Размещение файлов на сайте таким признаком не обладает. Такое размещение является все тем же доведением до всеобщего сведения. Наконец, опция

передачи файла с произведением на мобильный телефон не может считаться распространением произведения, так как этот способ заключается в отчуждении оригинала или экземпляров произведения, которых нет в Интернете. Наличие такой опции не создает нового способа использования произведения владельцем сайта. Такой способ остается прежним – доведение до всеобщего сведения. Пользователь может скачать файл либо на свой компьютер, либо на какое-то другое устройство. Если файл сохраняется на телефон, то это воспроизведение произведения, которое совершает пользователь, а не владелец сайта.

Таким образом, в действиях владельца сайта имеется только один способ использования произведения – доведение до всеобщего сведения. Этот способ является одним случаем неправомерного использования каждого из семи объектов. Суды ошибочно обогатили правообладателя на лишние 140000 руб., так как могли взыскать только 70000 руб. Меньшую сумму не позволяло взыскать действовавшее законодательство. Но даже эта меньшая сумма, как представляется, является чрезмерной, так как вряд ли правообладатель заработает ее от легального использования семи стихотворений за весь срок действия авторских прав.

4. Российский законодатель начал понимать всю опасность и несправедливость подобных норм ГК РФ. Федеральным законом от 12 марта 2014 г. №35–ФЗ рассматриваемая норма была исключена из Кодекса. Теперь абз. 3 п. 3 ст. 1252 ГК РФ позволяет судам даже снижать размер компенсации, выплачиваемой в пользу одного правообладателя. Однако этот размер не может составлять менее пятидесяти процентов суммы минимальных размеров всех компенсаций за допущенные нарушения.

Е.К. Матевосова

Московский государственный юридический университет, г. Москва

ОБЩЕСТВЕННОЕ ОБСУЖДЕНИЕ ЗАКОНОПРОЕКТОВ КАК ФОРМА ПРАВОВОГО ВОСПИТАНИЯ

В настоящее время реализация государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан предполагает проведение комплекса мер по совершенствованию законодательства и практики его применения.

Анализ статистики законодательного процесса свидетельствует о том, что с каждым годом число принимаемых нормативных правовых актов значительно возрастает, однако несовершенство законодательства продолжает оставаться одной из причин распространения правового нигилизма в обществе, который, как признается в Основах государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан, препятствует развитию России как современного цивилизованного государства.

Целями утвержденной Постановлением Правительства РФ от 15.04.2014 №312 Государственной программы Российской Федерации «Юстиция» являются развитие в обществе правовой модели поведения граждан, преодоление правового нигилизма, поддержание устойчивого уважения к закону и повышение доверия к правосудию.

Провозглашение новой государственной политики борьбы с правовым нигилизмом с учетом объективных условий и факторов, влияющих на правовую действительность современной России, подчеркивает инструментальную роль правового воспитания в повышении уровня правовой культуры граждан.

Одной из форм правового воспитания, призванного противодействовать различным проявлениям правового нигилизма в сфере законотворчества, может являться общественное обсуждение законопроектов, в ходе которого достигается определенный правовоспитательный эффект за счет активизации мотивированного участия граждан в решении общественно-политических проблем, получения ими конкретных правовых знаний, формирующих правосознание, и выражения общественного мнения по вопросам, требующим правовой регламентации и принятия властных решений.

В целях совершенствования законотворческой деятельности и обеспечения учета общественного мнения при подготовке проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов был издан Указ Президента Российской Федерации от 9 февраля 2011 г. №167 «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов», в соответствии с которым по решению главы государства на общественное обсуждение могут быть вынесены законопроекты, затрагивающие основные направления государственной политики в области соци-

ально-экономического развития России. Каждому гражданину обеспечивается возможность представления замечаний и предложений по вынесенному на общественное обсуждение законопроекту. Однако надо признать, что участие в обсуждении фактически могут принимать только те граждане, которые имеют доступ к интернет-ресурсам, поскольку данным Указом установлено, что федеральные государственные органы, разработавшие законопроект или (принимавшие участие в его разработке), размещают вынесенные на обсуждение законопроекты в сети Интернет на своих официальных или специально созданных сайтах.

Установление круга реальных интересов и запросов современного общества требует обращения к вопросу о формировании общественного мнения, способного оказывать как позитивное, так и негативное воздействие на правовое воспитание отдельных граждан (социальных групп и общества в целом). Сам факт существования общественного мнения по различным вопросам и проблемам государства и права приобретает в настоящее время особое значение, поскольку является в некотором смысле той «лакмусовой бумажкой», которая не только сигнализирует о том, что какой-либо вопрос становится объектом повышенного общественного внимания, но и информирует, насколько такое мнение устойчиво и категорично в конкретный отрезок времени.

Учитывая органичную взаимосвязь общественного мнения и правового воспитания, мы полагаем, изучение и анализ общественного мнения – это одна из тех задач, решение которой во многом определит успех правового воспитания. Именно поэтому в настоящее время необходима разработка новейшей методики комплексного мониторинга общественного мнения, который позволил бы определить специфику социальной среды, вызывающей конкретные «общественные реакции», а также прогнозировать ту или иную общественную оценку, в особенности ее резкую смену.

Конкретные выводы, которые получены в ходе мониторинга подкреплены соответствующими данными социологических исследований, проводимых на постоянной основе, являются исключительно ценным материалом для конструирования наиболее эффективного механизма правового воспитания, а главное – для преобразования правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности.

Утвержденная Распоряжением Правительства РФ от 30.01.2014 №93-р Концепция открытости федеральных органов исполнительной власти гласит, что в условиях нарастающей сложности социальных процессов и новых экономических вызовов серьезной задачей для федеральных органов исполнительной власти является формирование моделей принятия решений и реализации государственных функций, основанных на активном участии гражданского общества в управлении государством, а также на использовании современных механизмов общественного контроля.

2 августа 2014 года вступил в силу Федеральный закон от 21.07.2014 №212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации», которым установлены правовые основы организации и осуществления общественного контроля за деятельностью органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих отдельные публичные полномочия. Общественные обсуждения, общественные (публичные) слушания рассматриваются как формы общественного контроля и взаимодействия институтов гражданского общества с государственными органами и органами местного самоуправления.

Следует отметить, что профессиональное мнение практикующих юристов и авторитетных в области юриспруденции ученых будет иметь определяющее просветительское и воспитательное значение. И даже при отсутствии каких-либо обязательных требований к формам участия в обсуждении законопроектов любое высказанное ими мнение должно быть примером высокой правовой культуры.

Сегодня уровень развития информационных и телекоммуникационных технологий позволяет создать единую площадку для участия российских граждан в обсуждении законопроектов. Совместная работа социально активных и инициативных в сфере законотворчества граждан и федеральных и региональных органов законодательной власти, при наличии реального мониторинга общественного мнения, компетентной оценки индивидуальных предложений и замечаний, сбалансированного учета общественных интересов (и обеспечения интересов меньшинства), – это важное условие совершенствования российского законодательства и эффективного функционирования механизма правового воспитания.

Нормативные правовые акты

1. *Об основах общественного контроля в Российской Федерации: Федеральный закон от 21.07.2014 №212-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 28.07.2014. №30, ст. 4213.*

2. *Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан* (утв. Президентом РФ 28.04.2011 №Пр-1168) // Российская газета. №151. 14.07.2011.
3. *О мерах по совершенствованию высшего юридического образования в Российской Федерации*: указ Президента РФ от 26.05.2009 №599 // Собрание законодательства РФ. 01.06.2009. №22, ст. 2698.
4. *Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Юстиция»*: постановление Правительства РФ от 15.04.2014 №312 // Собрание законодательства РФ. 05.05.2014. №18, ст. 2158.
5. *Об утверждении Концепции открытости федеральных органов исполнительной власти*: распоряжение Правительства РФ от 30.01.2014 №93-р // Собрание законодательства РФ. 03.02.2014. №5, ст. 547.

А.В. Михайлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

СУЩНОСТЬ И НАЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

Правовая политика в различных ее аспектах является одной из наиболее обсуждаемых тем в правовой литературе по теории права. Теория правовой политики сегодня воспринимается как отдельная развитая доктрина, однако в науке подчеркивается незавершенность процесса ее формирования, что побуждает исследователей к ее дальнейшему изучению.

Понимание сущности и назначения правовой политики – это главное, что необходимо для формулирования любой научной гипотезы и решения научной проблемы в сфере правовой политики.

Сущность выражает основное, постоянное свойство и позволяет в любых условиях отличить изучаемый объект от аналогичного, раскрывая при этом идею, основной смысл.

Правовая политика – понятие юридической науки, отличающееся своим ярко прикладным характером. Правовая политика определяет, как создаются, совершенствуются нормы права, чтобы достичь положительного социально значимого эффекта, некоего «правового идеала», как и какие создаются условия для реализации правовых предписаний, как корректируется правосознание граждан, на каком уровне и в каком объеме осуществляется правовое регулирование. Другими словами, правовая политика создает некую «инфраструктуру» для поддержания действия права, его развития.

На наш взгляд, социальное назначение и направленность на построение правового государства, гражданского общества не является сущностью правовой политики. Поскольку право в целом имеет социальное назначение, правовая политика не может быть направлена в другую сторону. Однако в этом и заключается причина отказа от определения сущности правовой политики в таком ключе. Если право уже само по себе имеет социальное предназначение, то данное свойство не может быть отличительным для такого явления, как правовая политика.

По той же причине сущность правовой политики нельзя определять через иные свойства, которыми обладаем право вообще.

Сущность правовой политики, как мы полагаем, выражается в том, что она представляет собой «политический курс <...> преобразований в сфере права»¹, помогая выявить, проследить «стратегию и тактику правового развития общества»².

У правовой политики могут быть совершенно различные субъекты (в том числе негосударственные структуры), она может «быть как со знаком плюс, так и со знаком минус»³, может быть выражена в писаных источниках, в официальных документах, не имеющих статуса источника права, а также выявляться путем анализа деятельности органов власти и субъектов гражданского общества. При разности всех указанных качеств правовая политика сохраняет в себе такое свойство, как отражение политического курса в сфере права.

Под политическим курсом мы понимаем совокупность характеристик, демонстрирующих подход к осуществлению правовой политики, складывающийся из действий, актов, убеждений субъектов правовой политики.

Политический курс может отклоняться в ту или иную сторону, в том числе резко менять направление в зависимости от практически реализованной воли субъектов правовой политики. Науч-

ная обоснованность и системность также не являются уникальными чертами правовой политики. Это подтверждается в том числе современной социальной практикой России.

Обеспечение высокого качества правовой политики необходимо в первую очередь для обеспечения эффективности функционирования права. Нормы права, не сопровождаемые соответствующими изменениями в структуре органов власти, привлечением финансирования, разъяснительной деятельностью и прочими мерами, будут оставаться «мертвыми», а значит, не будет осуществляться или будет неэффективной правореализационная деятельность.

Таким образом, правовая политика является важным институтом юридической науки, развитие которого неизбежно должно открыть путь к обеспечению эффективности права благодаря корректировке политического курса, составляющего сущность правовой политики в государстве.

¹ Муромцев Г.И. Правовая политика: вопросы методологии//Изв. вузов: Правоведение. 2005. №6. С. 16.

² Исаков Н.В. Правовая политика современной России: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-н/Д, 2004. С. 21.

³ Муромцев Г.И. Указ. соч. С. 15.

Л.Ю. Мхитарян

Пермский институт экономики и финансов, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ТРЕБОВАНИЯХ (ЦЕНЗАХ), ПРЕДЪЯВЛЯЕМЫХ К МИРОВЫМ СУДЬЯМ (НА ПРИМЕРЕ ПЕРМСКОЙ ГУБЕРНИИ)

Судебная реформа 1864 года привнесла в российскую жизнь новое понятие: мировая юстиция. Для западных стран это явление было далеко не новым: до внедрения в российскую действительность институт мировых судей положительно зарекомендовал себя в Англии, Франции, Бельгии, Шотландии и других странах.

В царской России мировая система судов была введена судебной реформой 1864 года (хотя проекты о введении мирового суда как местных органов правосудия существовали еще в 1767 г.¹).

К кандидату на должность мирового судьи законом устанавливались следующие требования:

– достижение 25-летнего возраста (п. 1 ст. 19 Учреждения судебных установлений; далее – УСУ) ;

– наличие среднего или высшего образования либо сдача экзамена, либо служба в судебных ведомствах не менее 3 лет (п. 2 ст. 19 УСУ);

– наличие земельного надела либо владение иной недвижимостью (п. 3 ст. 19 УСУ).

Министр юстиции определял требования к кадровому составу судов таким образом: «Судебный деятель должен обладать известным цензом – нравственным, образовательным и практическим, т.е. быть лицом во всех отношениях благонадежным и подготовленным к отпращиванию суда»².

Однако анализ архивных материалов по кадровому составу мировых судей показывает, что персонал был далеко не однороден в социальном отношении, а порой просто не соответствовал тем требованиям, которые предъявляли авторы Судебных уставов к кандидатам на должности мировых судей. Прежде всего в Пермской губернии во второй половине XIX века число дворян-помещиков было ничтожно мало: к 1861 году в Пермской губернии числилось всего 33 дворянина, обладавших поместьями, из них 9 – крупнейшими³. Например, по расписанию в Пермском уезде было назначено 7 мировых участков, однако по баллотировке было избрано только 5 мировых судей, удовлетворяющих требованиям ст. 19 УСУ, и более по списку лиц, имеющих право баллотироваться, никого нет. В этом случае, если ощущался недостаток судей, избранных уездным земством, они могли быть выбраны губернским собранием, а если не удавался и этот вариант, то мировые назначались от правительства. Журналисты тех лет отмечали, что порой назначенные от правительства судьи оказывались на поверку лучше выборных⁴. В связи с этим гласные, воспользовавшись правом, предоставленным им статьей 34 УСУ, постановили предоставить звание участковых мировых судей известным губернскому собранию полезной деятельностью и пользующимся общественным доверием и уважением пермскому уездному судье Бабушкину, ассессору Пермской палаты уголовного и гражданского суда Горных, секретарю той же палаты Соколову и судебному следователю Прощекалову. Однако единогласно эти лица выбраны не были. В связи с этим гласные приняли решение ходатайствовать перед Сенатом «об утверждении в звании участковых мировых судей Бабушкина и других, имея в виду исключительное

положение Пермской губернии, для которой допущено даже исключение в отношении к землевладельцам, так как таковые в губернии постоянного жительства не имеют»⁵.

По данным статистически обработанных формулярных дел мировых судей Пермской губернии можно сделать следующие выводы, касающиеся происхождения, образования, наличия имущества и прочих сведений.

По происхождению большинство мировых судей Пермской губернии были из дворян – 42%; из духовного звания – 16%; из офицерских семей – 10%, по 8% из семей купцов и чиновников; по 2% – из иностранцев, принявших подданство России, мещан, мастеровых, крестьян и прочих сословий (для сравнения: в Ярославской губернии свыше 85% мировых судей были из дворянских семей⁶; в Вологодской – 56%⁷).

Образовательный ценз состоял в необходимости наличия у избираемого лица среднего или высшего образования или выдерживания соответствующего испытания, или трехлетнее пребывание на службе в таких должностях, на которых можно было приобрести практические сведения в производстве судебных дел. Из всех существующих цензов (возрастной, образовательный, нравственный, имущественный) именно образовательный ценз был признан жителями Урала наиболее значимым. В качестве подтверждения можно привести цитату из газетной заметки тех лет: «Желательно, чтобы эти посты (мировых судей. – Л.М.) занимали люди с университетским образованием, и если бы такие нашлись и изъявили желание баллотироваться, можно и не особенно строго относиться к отсутствию имущественного ценза – избрать их единогласно. Подходящих кандидатов нет, а есть некоторые из ординарных служащих по судебным мировым учреждениям, нигде не кончившие курса»⁸.

Однако в те годы Россия еще не располагала достаточным числом лиц, имеющих юридическое образование; довольно много было лиц, вообще не знакомых с грамотой: по статистическим данным процент неграмотных в Пермской губернии в 1888 году составлял 83,54, т.е. на 100 человек населения приходилось всего 16 грамотных⁹.

Дореволюционный исследователь мировой юстиции Н. Полянский отмечал, что особо затруднительно по уровню образования было положение мировых судей в сельских участках: «В мировые судьи почти исключительно поступают лица, не имеющие юридического образования и потому не могущие или ненадеющиеся получить более выгодную должность по судебному ведомству от правительства»¹⁰. Если в целом по России в 1889 г. из всех назначаемых судей высшим образованием обладали 72 %, а среди выборных – 49%, то в Пермской губернии – только 40 % выбранных мировых судей имели высшее образование¹¹.

Юридическое же образование (пусть даже и среднее) было у еще меньшего процента лиц: из числа мировых судей, служивших в Пермской губернии, им обладали 15 человек (т.е. 30% от общего числа), в т.ч. двое – средним юридическим, один – неоконченным высшим юридическим, а четверо мировых были кандидатами прав. Однако в формулярных списках мировых судей Пермской губернии встречается информация о лицах, не имевших даже среднего образования: так, Чердынцев А.Ф., из купеческого звания, получивший домашнее образование, в 1876 году был избран почетным мировым судьей Осинского округа и впоследствии неоднократно переизбирался¹².

Интересное дело связано с представлением одним из лиц, избранных мировым судьей, подложных документов: в 1873 г. по Осинскому округу Пермской губернии был избран некто П.С. Насонов. Согласно представленным документам, он окончил Первую Казанскую гимназию. Насонов исполнял должность мирового судьи целых 20 лет, и только в 1893 г. выяснилось, что он не окончил гимназию (не явился на переэкзаменовку по математике). Был освобожден от исполнения обязанностей на время производства о нем следствия и суда по обвинению в преступлении, предусмотренном ст. 354 Уложения о наказаниях. Впоследствии Насонов был признан виновным¹³.

Что касается имущественного ценза, то часто он служил препятствием для баллотировки в мировые судьи. Нередки были случаи, связанные с мошенничеством, когда кандидаты в мировые судьи шли на всевозможные ухищрения, стремясь «обойти» этот ценз, таким образом превращаясь в некое подобие «мертвых душ»¹⁴. Так, в политической и литературной газете «Екатеринбургская неделя» за 1882 год мы находим интересную информацию об одном кандидате на должность мирового судьи: его дом, приобретенный лет 7-8 тому назад за 375 рублей, не ремонтировавшийся лет 10 и ценившийся, по городской раскладке, в 300 рублей, в выборный, 1882 год, вдруг оценивался в 3 тысячи рублей¹⁵. И подобных случаев было немало.

При этом, помимо возрастного, образовательного и имущественного цензов, мировой судья должен был, по замыслу авторов судебных уставов, обладать определенными нравственными качествами. Однако далеко не всегда в институт мировых судей допускались лица, за которых потом не приходилось бы краснеть господам гласным. Так, в местных газетах Екатеринбургское земство отме-

чало: «У нас были судьи и из ума выжившие, и, к вящему стыду нашему, даже лицо совсем недобросовестное... Мировой судья Стрижов был кабатчиком и продолжал держать кабак после выбора его в судьи»¹⁶. В связи с этим современники замечали, что «очень и очень не мешает предварительно анализировать нравственные качества баллотирующегося, а потом уже избирать его»¹⁷.

Таким образом, одним из наиболее заметных направлений Судебной реформы 1864 года стало появление института мировой юстиции, которому были присущи следующие цензы: возрастной, образовательный, имущественный, нравственный. Однако, как показывает анализ архивных материалов и обзор местной прессы, в Пермской губернии очень редко удавалось соблюдать их на практике.

¹ Ефремова Н.Н. Изменения в судебной системе России во второй половине XVIII века. (Аспекты английского влияния) // Историко-правовые исследования: Россия и Англия. М., 1990.

² Вступительное сообщение Министра юстиции // Журнал Министерства юстиции. 1894, №1. С. 28.

³ Копылова Е.П. Особенности землевладения дворян Пермской губернии в 1861–1917 годах // Вестник Челябинского государственного университета. Сер.: История. 2009. №12(150). Вып. 31. С. 11–14.

⁴ Екатеринбургская неделя: газета политическая и литературная. 1882. №40.

⁵ Журналы 4-го чрезвычайного Пермского уездного земского собрания и доклады собранию Пермской уездной земской управы. 1873 г. Пермь, 1873. С. 16–17.

⁶ Трофимова Н.Н. Мировая юстиция центрально-промышленного района России в 1864–1889 гг.: генезис, региональные особенности судоустройства и деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2004. С. 122.

⁷ Кузнецова Е.В. Формирование корпуса мировых судей в пореформенной России второй половины XIX в. (по материалам Вологодской губернии) // Вестник Владимирского юридического института. 2009. №4. С. 187.

⁸ Екатеринбургская неделя. 1882. №40.

⁹ Там же. 1888. №17.

¹⁰ Цит по: Полянский Н. Мировой суд. Судебная реформа. М., 1915. С. 221.

¹¹ Окунев Н. К вопросу об образовательном цензе и продолжительности службы мировых судей // Журнал Министерства юстиции. 1896. №2; Полянский Н. Указ. соч. С. 223.

¹² Государственный архив Пермского края (ГАПК). Ф. 1. Оп. 2. Д. 531.

¹³ Там же. Д. 299.

¹⁴ Полянский Н. Указ. соч. С. 223.

¹⁵ Екатеринбургская неделя. 1882. №30.

¹⁶ Там же. 1882. №40.

¹⁷ Там же.

С.Б. Поляков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ДИАГНОСТИКА ПРАВОСОЗНАНИЯ СУДЬИ

В теории права по глубине отражения юридической действительности выделяют три уровня правосознания: научное, профессиональное, обыденное. При этом профессиональным правосознанием называют правовое сознание юристов¹, практикующих юристов, судей, прокуроров, адвокатов, юрисконсультов и т.д.² Таким образом, основание классификации – глубина отражения юридической действительности невольно подменяется должностным статусом обладателя правосознания. Но глубина правосознания определяется не должностью лица. Много людей занимаются юридической деятельностью, не владея правовым инструментарием. Они принимают решения по юридическим делам, но аргументируют их не юридическими понятиями, а исходя из житейских соображений.

«Правовая культура есть правовое свойство субъектов права, и индивидуальных, и коллективных. Она есть степень их правовой развитости, правового совершенства...»³. То же следует сказать и о правосознании, являющемся стороной правовой культуры.

Правосознание – правовое свойство юристов и их профессиональных коллективов – не является одинаковым. Уровни правосознания юристов проявляются в предметах их деятельности. «Так, правовая культура субъектов правотворчества опредмечивается в тех или иных источниках права, правоприменителей – в актах применения права и т.д.»⁴. Аргументация правоприменительных актов, как и состав крови о состоянии организма, несет информацию о знаниях правоприменителем задач на стадиях правоприменительного процесса и способов их решения.

«Если обратиться к установившейся в правовой литературе структуре процесса реализации права в форме правоприменения, то можно назвать этапы, которые, как правило, могут квалифицированно выполнять только юристы. К ним относятся: установление фактических обстоятельств дела с

точки зрения их юридической значимости; выбор (отыскание) соответствующей правовой нормы, которой должны быть квалифицированы эти обстоятельства; уяснение подлинного смысла (содержания) правовой нормы – толкование; принятие решения о применении нормы закона или подзаконного акта, а равно иного источника права, в форме правоприменительного акта»⁵.

Согласно ч. 1 ст. 196 ГПК РФ: «При принятии решения суд оценивает доказательства, определяет, какие обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела, установлены и какие обстоятельства не установлены, каковы правоотношения сторон, какой закон должен быть применен по данному делу и подлежит ли иск удовлетворению»⁶.

Профессиональное сознание, в отличие от обыденного, выражается, во-первых, в том, что в решении четко указаны обстоятельства, имеющие значение для рассмотрения дела, со ссылкой на нормы права, предусматривающие их в качестве юридических фактов. Спорные правоотношения определяются точным указанием на их структурные элементы: субъекты, объект, содержание, т.е. профессиональными терминами. Это фундамент решения, выносимого по закону, а не по личному чувству судьи, ограничивающий выбор решения только юридическими фактами и исключающий все иное. А.Ф. Кони писал, что если судья хочет быть действительно судьей, а не представителем произвола в ту или другую сторону, он должен основывать свое решение на том, что в данное время ему представляется логически неизбежным и нравственнообязательным⁷.

Во-вторых, профессиональное сознание, в отличие от обыденного, выражается в указании способов толкования права, неизвестных обывателю.

В-третьих, профессиональное сознание выражается в юридической квалификации затруднений в применении права как коллизий или пробелов в праве и в указании законных способов их преодоления, а также в указании юридических правил определения действия подлежащих применению норм права по кругу лиц, во времени и пространстве.

Представляется необходимым выделять *два этапа* диагностики уровня правосознания судьи (суда).

На *первом этапе* правосознание индивидуального или коллективного правоприменяющего субъекта можно квалифицировать как профессиональное или обыденное по наличию или отсутствию в содержании правоприменительного акта указания:

- 1) юридических фактов – обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела со ссылкой на нормы права;
- 2) способов толкования права;
- 3) способов преодоления коллизий или пробелов в праве при наличии их в деле и при споре о действии подлежащих применению норм права по кругу лиц, во времени и пространстве – используемых правил действия норм.

Указание юридических фактов необходимо по всем делам. Второй и третий показатели подлежат выявлению лишь при изложении в правоприменительном акте спора о содержании норм права относительно фактических обстоятельств дела и (или) спора о подлежащих или не подлежащих применению в деле норм права.

На этом этапе нет необходимости анализировать содержание юридических аргументов и решение по существу дела. Отсутствие указанных показателей сразу указывает на обыденный уровень правосознания.

Для выводов об уровне правосознания правоприменителя нужно изучить определенное количество его правоприменительных актов. Чем больше объектов исследования, тем объективнее выводы. Выводы по делу: есть показатели (1) или их нет (0). Относительно показателя толкования права предлагается такая оценка по делу: указание способов толкования права, подлежащих или не подлежащих использованию в деле – 1; способы толкования права прямо не называются, но из содержания аргументации можно понять, какой способ толкования использовал правоприменитель и какими способами обосновал ошибку стороны по делу – 1/2; отсутствие аргументации, в чем заключается «неверное толкование норм права», почему отвергаются способы толкования права стороны по делу, нет критериев способов толкования права – 0. Если общая сумма в итоге менее 50% (0,5), то уровень правосознания правоприменителя следует оценивать как обыденный.

Было проанализировано 50 апелляционных определений Пермского краевого суда по гражданским и административным делам за период 02.04–26.05.2014 г., выбранных в системе «СПС «КонсультантПлюс» по словосочетанию «неверное толкование норм права», указывающему на необходимость в них второго из указанных показателей. Лишь в одном определении прямо указан использованный способ толкования права⁸. Из текста 13 определений нельзя понять, в чем именно заключалось ошибочное толкование норм права автором апелляционной жалобы или судом первой инстан-

ции. Общая оценка 0,38 $[(1+1/2 \times 36 + 13 \times 0) : 50]$, что следует считать диагнозом обыденного правосознания коллективного правоприменителя в толковании права.

По этим же определениям анализировался уровень правосознания по первому показателю, который составил 0,84 (в 8 определениях неясно было указано, какие юридические факты имеют значение для дела), и по третьему показателю, необходимость которого обнаружилась лишь в 18 определениях и который составил 0,72 $[(13 \times 1 + 5 \times 0) : 18]$.

На *втором этапе* диагностики уровня профессионального правосознания судьи необходимо анализировать содержание юридических аргументов: полноту и точность определения юридических фактов в соответствии с нормами права, примененными в деле; обоснование применения способов толкования права, преодоления коллизий или пробелов в праве, правил действия норм по кругу лиц, во времени и пространстве в соответствии с принятыми в юридической науке критериями. Выводы на этом этапе не так очевидны как при различении профессионального и обыденного правосознания правоприменителя, и требуют определения достаточно сложных критериев.

¹ *Общая теория государства и права: академ. курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. М., 2007. Т. 3. С. 456.*

² *Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева М., 2010. С. 291.*

³ *Бондарев А.С. Правовая культура – фактор жизни права. М., 2012. С. 3–4.*

⁴ Там же. С. 4.

⁵ *Общая теория государства и права: академ. курс: в 3 т. Т. 3. С. 457.*

⁶ Ввиду ограничения объема статьи не приводится иллюстрация тех же показателей правоприменения в уголовном судопроизводстве, исходя из ст. 73, 299 УПК РФ.

⁷ *Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики) / собр. соч.: в 8 т. Т. 4. С. 39–40.*

⁸ *Апелляционное определение от 14.04.2014 по делу №33-3007.*

В.П. Реутов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ФУНКЦИЯХ ПРЕДПИСАНИЙ, СОДЕРЖАЩИХСЯ В ПОСТАНОВЛЕНИЯХ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Функции предписаний, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного суда Российской Федерации, зависят от их вида, определяемого юридической природой. Кроме того, на функции предписаний актов Верховного суда оказывают влияние такие факторы, как область (сфера) правового регулирования, цели и задачи норм права, на конкретизацию или толкование которых направлены предписания.

Анализ предписаний (положений), содержащихся в постановлениях Пленума Верховного суда Российской Федерации, в частности, принятых 28 января 2014 г., – «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних» и «О применении норм главы 47.1 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде кассационной инстанции»¹ – позволяет сделать следующие выводы.

Одним из видов положений, содержащихся в указанных постановлениях (есть основания полагать, что это относится и ко всем другим постановлениям Пленума Верховного суда Российской Федерации), являются положения, в которых содержится напоминание о целях правового регулирования в областях, ставших предметом внимания высшей судебной инстанции. Во вводных пунктах постановлений воспроизводятся соответствующие статьи действующих кодексов и иных нормативных актов. Цель их, скорее всего, напомнить судьям и иным правоприменителям о важности соблюдения действующих нормативных актов. По своей природе эти положения близки преамбулам нормативных актов.

Исследование функций правовых норм в новейшей литературе базируется на общей концепции функций права. Так, проф. Т.Н. Радько пишет о том, что различия в функциях правовых норм определяются лишь видовой классификацией, отраслевой принадлежностью юридических норм. Не только право, отрасли и институты, но и нормы права имеют различное функциональное значение и соответственно выполняют различные функции².

С учетом того, что вводные положения анализируемых постановлений являются специализированными нормами, соответствующими нормам преамбул нормативных актов, следует обратиться к

анализу функций преамбул. Специальные исследования этой проблемы привели авторов к выводу о том, что нормы преамбул выполняют такие специфические функции, как регулятивно-ориентационную, идеолого-воспитательную, программирующую, учредительную, информационно-познавательную, координационную, ограничительную, профилактическую³.

Необходимо отметить, что преамбулы (вводные положения) анализируемых судебных актов не отличаются развернутой структурой, они кратки. Им присущи, очевидно, не все функции, отмечаемые у функций норм преамбул нормативных актов. Да к тому же далеко не у всех нормативных актов преамбулы выполняют все отмеченные функции. Реально существующие вводные пункты постановлений высшего судебного органа выполняют прежде всего тесно связанные информационно-познавательную и воспитательную функции. В названных выше постановлениях прямо говорится о том, что они направлены на защиту интересов субъектов права, их законных прав и свобод.

Известную самостоятельность, возможно, имеют ограничительная функция указанных специальных норм, в рамках которой устанавливаются границы регулирования выбранного предмета, и координирующая, отражающая связи всех положений акта. Представляется, что другие названные выше функции реализуются лишь в системе всех положений акта. Их самостоятельный характер обосновать не возможно.

Следующей группой предписаний, содержащихся в постановлениях Пленума, являются положения, представляющие собой итог официального судебного нормативного толкования. По приблизительным подсчетам их более половины всех пунктов (по крайней мере, в упомянутых выше актах). По сути, они конкретизируют действующие нормы права. Но это конкретизация в рамках смысла, вложенного в норму законодателем. Это не новая норма, она может быть названа праворазъяснительной конкретизацией и предполагает устранение языковых погрешностей, разъяснение терминов, т.п.⁴

Функции данных предписаний, анализируемые применительно к их роли по отношению к общественным связям, поведению субъектов, сводится к функциям соответствующих норм права. Так же, как и нормы права, на толкование которых они направлены, данные положения, реализуют социальное назначение права в экономической, политической и собственно социальной сферах.

В рамках собственно юридического назначения они участвуют в реализации регулятивной и охранительной функций. Дальнейший, более углубленный анализ должен привести к выводу о наличии в рамках регулятивной функции функции ориентации поведения субъектов и государственной оценки его; в рамках охранительной функции – компенсационной, карательной предупредительной и т.д.

Необходимо также отметить, что если речь идет о толковании специальных норм, выделяемых по ряду оснований (рекомендательные, поощрительные), то имеет место реализация соответствующих функций. Естественно, что анализируемые предписания актов Верховного суда по отношению к правосознанию так же, как и предписания первого вида и сами нормы, имеют информационно - познавательную и воспитательную функции. Специфической функций данных предписаний, выделяемой по отношению к толкуемой норме, является функция ее конкретизации (детализации), о чем уже шла речь выше.

Имеется еще одна группа предписаний, представленных в постановлениях Пленума Верховного суда. Речь идет о предписаниях, которые включают правила, устанавливаемые Верховным судом, содержание которых выходит за рамки смысла, вложенного в нормы, ставшие предметом внимания. Примером может служить положение, установленное в постановлении, посвященном применению законодательства о труде женщин, о котором упомянуто выше. Верховный суд постановил, что к лицам, воспитывающим детей без матери, кроме названных в Трудовом кодексе могут быть отнесены и другие лица. Но перечень, установленный в законе носит исчерпывающий характер. Суд явно не имел полномочий на его расширение. Однако реалии сегодняшнего дня таковы, что использованию законодательной инициативы высшие судебные инстанции предпочитают создание собственных положений, являющихся, по сути, новыми нормами.

Оценка этого явления может быть итогом самостоятельного исследования. Пока же следует отметить, что данные положения имеют все те функции, которые упомянуты при анализе предыдущей группы (являющиеся итогом официального нормативного толкования). Но по отношению к существующим правовым нормам функции данных положений не ограничиваются лишь конкретизацией действующих норм. В процессе обобщения практики создаются так называемые правоположения, которые зачастую, по крайней мере, на некоторое время, выполняют фактически функции полноценных норм права. Они могут создаваться и при толковании, но правоположения, создаваемые при формулировании новых, по сути, норм, имеют все шансы в будущем стать предметом внимания за-

конодателя и «перекочевать» в действующее законодательство. Следовательно, можно говорить об особой правотворческой функции такого рода положений. Анализируя эту практику, Н.Н. Вопленко пришел к выводу о наличии особого «правотворческого толкования»⁵. В этом есть немалый резон.

Подведем итог. Акты, принимаемые Пленумом Верховного суда Российской Федерации, содержат, по крайней мере, три вида положений. Одни из них носят вводный характер и напоминают статьи преамбул нормативных актов. Другие – итог нормативного судебного толкования. Третьи – это, по сути, новые правила, на создание которых, строго говоря, Верховный суд формальных полномочий не имеет.

Каждый вид предписаний имеют во многом совпадающие функции. Но есть и особенности. Так, у первых преобладает информационно-познавательная и воспитательная, у вторых решающее значение имеют такие собственно юридические функции, как регулятивная и охранительная, реализующие соответствующие функции права. У вторых и третьих появляется дополнительно функция, направленная на совершенствование действующего законодательства, которую можно назвать правотворческой.

¹ Рос. газ., 2014. 7 февр., №27.

² Радько Т.Н. Теория функций права. М., 2014. С. 261

³ Баранов В.М., Лутова Л.К. Преамбула нормативного правового акта (проблемы теории и практики). Н. Новгород. 2012. С. 128.

⁴ Баранов В.М., Лазарев В.В. Конкретизация права: понятие и пределы// Конкретизация права законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики. Н. Новгород. 2008. С. 21.

⁵ Вопленко Н.Н. Очерки теории права. Волгоград. 2009. С. 337.

Ю.С. Решетов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Правовое регулирование – явление сложное, многогранное. Его познание – задача непростая. Тому есть веские аргументы. Прежде всего, правовое регулирование соотносится со всеми основными сферами жизни общества. Поэтому нужно верно уяснить и оценить диалектику сфер жизни общества и правового регулирования. Далее, правовое регулирование является частью системы социального регулирования. Поэтому выявление места и роли правового регулирования в этой системе является необходимым моментом его научного познания. Понять правовое регулирование нельзя и без учета его связей с такими социальными институтами как поведение людей, общественные отношения, социальное управление. Правовое регулирование является частью правовой системы. Здесь оно взаимодействует с разнообразными юридическими явлениями. Говоря об этом, нельзя упускать из виду, что в наши дни происходит сближение внутригосударственного и международного правового регулирования. Немаловажно и следующее: само правовое регулирование представляет собой сложную систему.

Трактовка правового регулирования предполагает учет характера его связей с действием права. При этом нужно четко определить соответствующие срезы этого взаимодействия, не смешивать их. Вначале стоит рассмотреть соотношение правового регулирования и предметного действия права. Правовое регулирование в данном случае выступает как составляющая действия права. Место правового регулирования в механизме действия права определяется социальной ролью права. Социальным предназначением права является регулирование общественных отношений. Поэтому регулятивную функцию права можно назвать главной, определяющей. Эта функция значительно отличается от экономической, политической, воспитательной функций права.

Трактовка правового регулирования как соответствующего воздействия на общественные отношения, несомненно, важна, но она не дает ответа на вопрос, из чего складывается правовое регулирование, каково его содержание. Один из возможных вариантов ответа на данный вопрос – выделение в правовом регулировании соответствующей деятельности, а также форм и результатов этой деятельности. Правовое регулирование – деятельностный процесс. В нем нет места для пассивного поведения, бездействия. Этим правовое регулирование отличается от правореализационного процесса, складывающегося из правомерного поведения, выступающего в качестве действия и бездействия. Де-

тельность, которая входит в механизм правового регулирования, отличается целенаправленностью, носит юридический характер. А это сказывается на ее формах и результатах.

Исследование правового регулирования предполагает рассмотреть его соотношение с действием права во времени, в пространстве и по кругу лиц. Заметим, что это параметры общего механизма действия права, которые непосредственно связаны с правовым регулированием. Временные, пространственные и субъектные параметры действия права устанавливаются в ходе правотворческой деятельности, являющейся нормативным правовым регулированием. Именно так очерчиваются пределы действия нормативно-правовых актов и иных источников права во времени, в пространстве и по кругу лиц. И здесь уместен вопрос о пределах правового регулирования. Пределы действия нормативных правовых актов во времени, в пространстве, по кругу лиц и пределы правового регулирования – соотносимые понятия. Пределы правового регулирования фиксируют границу специального юридического воздействия на общественные отношения, отделяют область правового регулирования от неправового социального регулирования. Действие же нормативных правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц очерчивает временные, пространственные и субъектные границы реализации соответствующих правовых норм. Причем это границы и индивидуального правового регулирования, входящего в механизм правореализации. При этом в пределах правового регулирования играет роль не только юридические, но и экономические, социальные, политические факторы. Вопрос же о действии нормативных правовых актов во времени, в пространстве и по кругу лиц предстает как сугубо юридический.

Трактовка правового регулирования как единства соответствующей деятельности, ее форм и результатов позволяет верно поставить и решить вопрос о месте процессов правового регулирования в общественных отношениях, уяснить их диалектику, для чего нужно понять, что входит в предмет правового регулирования.

Предметом правового регулирования является то, на что оно направлено. Поэтому логично предположить, что предмет находится вне правовой деятельности, отделен от нее. Однако такой тезис выступает обоснованным применительно к общественным отношениям, которые в результате правового регулирования лишь становятся правовыми, приобретают юридическую форму, оставаясь фактически экономическими, семейными, трудовыми и т.д. Иное происходит с общественными отношениями (налоговыми, пенсионными, процессуальными и др.), существование которых нельзя представить без права. Порождаемые правовой деятельностью, эти отношения предстают как чисто юридические. Здесь правовое регулирование осуществляется как бы изнутри.

Анализ правового регулирования позволяет выделить в нем нормативную и индивидуальную составляющие. Нормативное правовое регулирование нельзя понять без правотворчества. Но кроме правотворчества, в правовое регулирование входит и деятельность, относящаяся к механизму реализации права. Прежде всего это правоприменительная деятельность. Обладая на разных этапах человеческой цивилизации своими чертами, применение норм права выступает в качестве правовой формы осуществления государственной власти. В применении права глубоко и последовательно воплощается функциональное взаимодействие государства и права. Государственно-властная природа правоприменительной деятельности во многом определяет положение, которое занимает она в правовом регулировании. Применение права – особая составляющая индивидуального правового регулирования. Правоприменитель направляет, организует, стимулирует правомерное поведение других участников правореализации. Он юридически задает характер действий этих субъектов. Правоприменение имеет специальную направленность на претворение права в жизнь, осуществление прав и обязанностей другими субъектами. Достигается же это по-разному. Среди правовых норм есть такие, реализация которых заключается в их применении. Что же это за нормы права, применение которых не влечет за собой их последующей реализации? Среди них следует назвать такие, которые стимулируют социально-активное правомерное поведение. Поощрительные правовые нормы вообще не осуществляются помимо их применения. Реализация же некоторых правовых норм полностью заключается в их применении. Правоприменением является правореализация при властном признании соответствующим органом наличия или отсутствия определенных юридических фактов, при назначении лица на соответствующую должность, а также при применении некоторых процессуальных правовых норм. Так, наложение административного взыскания в виде предупреждения, дисциплинарных взысканий в виде замечания или выговора не влекут за собой иных действий по осуществлению норм права, на основе которых появились названные правоприменительные акты. Всем этим актам присуще нечто общее. Они не предусматривают каких-либо вариантов для последующей реализации примененных правовых норм. Данными актами устанавливаются определенные правовые состояния

физических лиц, констатируется наличие или отсутствие того или иного юридического факта. Эти акты непосредственно ориентированы на личность. В них дается государственно-властная оценка деятельности личности в прошлом. Такая оценка прямо сказывается на правовом положении человека. Это проистекает из необходимости обеспечить оптимальное сочетание интересов личности и государства, разрешить возникающие между ними противоречия.

Содержание правоприменительного индивидуально-правового регулирования зависит от общественных отношений, требующих применения норм права. Следует подчеркнуть, что в ходе правоприменения эти отношения приобретают форму правовых отношений. Раскрытие особенностей этих вертикальных правоотношений позволяет отграничить их от правоотношений, существование которых связано с индивидуально-договорным правовым регулированием. Здесь правоотношения возникают между субъектами, положение которых отличается их юридическим равенством, автономией. Это горизонтальные правоотношения. Управомоченное лицо в таких случаях не обладает властью, а обязанный субъект не подчинен управомоченному и связан лишь его правом. Субъекты, находящиеся в автономном положении по отношению друг к другу и заключающие разного рода договоры, регулируют не только собственное поведение, но и устанавливают в рамках правовых норм взаимные права и обязанности. Все это позволяет утверждать, что в таких случаях происходит индивидуальное правовое регулирование общественных отношений. Здесь нужно сказать и о следующем. Нормативное правовое регулирование, как и индивидуальное, тоже бывает договорным. Хорошо известно, что нормативно-правовой договор является одной из форм (одним из источников) права.

Акты применения права можно классифицировать по разным основаниям. В качестве одного из таких оснований можно избрать направленность правоприменительной деятельности. Это позволит вскрыть особенности движения общественных отношений, получающих прямое властное опосредование и приобретающих форму правовых отношений.

Во-первых, правоприменение может быть направлено на то, чтобы подтвердить, проконтролировать деятельность, направленную на реализацию участниками общественных отношений своих прав и обязанностей. Правоприменитель не является стороной этих отношений. Так, соответствующий орган утверждает обмен жилой площадью, нотариальный орган регистрирует завещание, суд принимает решение о разделе имущества, если сами стороны не смогли договориться. В данных случаях правоприменитель юридически задает направленность действий соответствующих участников правоотношений. Правильность же этой заданности в значительной степени зависит от умелого использования потенциала профессионального толкования правовых норм. Во-вторых, посредством правоприменительных актов повседневно разрешаются разнообразные управленческие вопросы. Здесь правоприменение взаимодействует с положительным волеизъявлением граждан. Это происходит, например, при решении компетентными органами и должностными лицами таких вопросов, как зачисление в вуз, назначение пенсии, выделение жилой площади. Такие правоприменительные акты выполняют контрольно-организующие функции в процессе осуществления гражданами социально-экономических прав.

В-третьих, с правоприменением связана юрисдикционная деятельность государственных органов и должностных лиц. В результате этой деятельности издаются приговоры судов, иные акты применения санкций правовых норм. Здесь правоприменение связано с конфликтными формами взаимодействия людей и связи между государством и правонарушителем носят правовой характер. Своеобразный порядок разбирательства противоправных деяний, имущественных и трудовых споров выступает в качестве необходимого момента на пути преодоления фактов обострения противоречий между правонарушителем и обществом, а также между гражданами и иными субъектами права, ведущими спор о праве. В ходе реализации юрисдикционно-процессуальных правил конфликтные взаимоотношения переводятся в такие рамки, которые позволяют на гуманистической и демократической основах применять государственное принуждение. Причем стороны, участвующие в процессе, не только выполняют обязанности, но и используют права. Реализация же процессуальных норм, связанная с применением диспозиций материально-правовых норм, выступает в качестве важного специально-юридического фактора, действующего в направлении предупреждения возникновения конфликтных взаимоотношений. Поэтому нельзя недооценивать этой части процессуальной формы правоприменения. Едва ли нужно доказывать, например, значимость процессуально-правовой регламентации порядка назначения пенсии, порядка приема в вузы, присуждения ученых степеней в предупреждении конфликтных ситуаций.

СУБЪЕКТ ПРАВА В ПОЗИТИВИСТСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Теория правового позитивизма, утвердившаяся в юридической науке в конце XIX – начале XX в., оставила глубокий след в различных областях теории права. В частности, позитивисты многое сделали для становления современной теории правоотношений и понимания субъекта права. В рамках позитивизма была также предпринята последняя серьезная попытка решить старую научную проблему определения правового статуса коллективных образований. Созданные позитивистами концепции правосубъектности основаны на представлении об особом характере юридических отношений и могут быть объединены под общим именем теории «правовой реальности». Основу и сущность субъекта права, по мнению сторонников позитивистского подхода, следует искать не в сфере социально-биологических явлений, а исключительно в сфере явлений юридических.

Классическая позитивистская трактовка субъекта права представлена в работах Г.Ф. Шершеневича. Основная ошибка предшественников (в первую очередь, сторонников естественно-правовой теории), по мнению Г.Ф. Шершеневича, состоит в представлении, будто человек становится субъектом права лишь в силу своей человеческой природы. В действительности же всякий субъект есть создание объективного права. Субъект – это «центр, около которого волей закона объединяются юридические отношения, образуя обособленный комплекс. Субъект права – не ощущаемая реальность, а юридическое представление, идет ли речь о юридическом или о физическом лице. Юридическое лицо – это, безусловно, правовая фикция, но не большая фикция, чем лицо физическое.

Более подробное обоснование этой концепции мы находим в работах другого известного представителя позитивистской школы – Н.Л. Дювернуа. Понятие личности в гражданском праве всегда является результатом юридической переработки – все равно, берется ли отдельный человек, союз лиц или учреждение. Эта переработка приводит к созданию особой сферы правоотношений с признаками распознаваемости и постоянства. Необходимость личного приложения гражданских правоотношений обусловлена не теми или иными свойствами или потребностями лиц, а интересами гражданского оборота, необходимостью обеспечить распознаваемость и постоянство правоотношений. Юридическое лицо следует принять в качестве постулата, необходимого для стабильности правопорядка. Дювернуа далек от мысли об олицетворении фикции и от возведения в ранг субъекта животных и вещей, но он убежден в том, что понятие юридического лица нельзя соединять с требованием разумности и волеиспособности субъекта. По логике автора любой юридический акт, кем бы он ни совершался – человеком или союзом, есть совокупность чисто формальных элементов, которые зачастую вытесняют психические процессы, лежащие в основе деяния. Весь состав понятия юридической сделки может, таким образом, представить собой одну юридическую сущность, удаленную от того, что мы называем движением или обнаружением воли в смысле психического явления. Правовое отношение, иными словами, есть явление особого порядка, проявление особой, правовой, реальности. К примеру, бестелесное юридическое лицо никакой собственной воли сформировать вообще не может; не способно оно и к волеизъявлению в психическом смысле этого слова. Однако, этим ни в коем случае не уничтожается правоспособность коллективного объединения. Понятие воли вообще не имеет отношения к правоспособности, поэтому его следует вывести за рамки гражданского права. Цель цивилиста – установить связь известных юридических отношений с юридически определенным правообладателем, кто бы он ни был – человек или союз. В этом смысле юридическое лицо не менее реально, чем лицо физическое и вполне способно к совершению юридических актов.

Именно в рамках позитивизма были сформулированы основные элементы современной феноменологической трактовки субъекта права. Основателем ее можно считать создателя психологической школы права Л.И. Петражицкого. Исходя из общих посылок психологической школы, Л.И. Петражицкий приходит к выводу, что в принципе неверно видеть в праве в качестве субъектов лишь живых людей (например, большинство правовых систем признает права за уже умершим лицом – в связи с наследованием или институтом безвестного отсутствия). Правовые явления и их элементы суть явления не материального, а духовного мира; для их изучения следует обращаться не к поискам во внешний мир, а к психике тех, кто переживает соответствующие процессы, приписывает себе или другим представляемым существам какие-либо права и обязанности. Таким образом, субъектами

правоотношений могут быть «всевозможные представления персонального, личного характера», поскольку с этими представлениями ассоциируются правовые эмоции так, что представляемому приписываются права и обязанности. Таких представляемых существ (субъектов прав и обязанностей) по Петражицкому может быть великое множество, сообразно с богатством и причудливостью человеческой фантазии – различные предметы неживой, но представляемой одушевленной природы (камни, растения и пр.), животные, люди, их зародыши, их духи после смерти, разные божества и иные бестелесные духи, а также, несомненно, человеческие (представляемые) общества и учреждения – все зависит от индивидуальных особенностей психики человека и его возраста.

Преодолеть излишний субъективизм и релятивизм психологической теории Петражицкого попытался другой крупный автор феноменологического направления Н.Н. Алексеев. По его теории, термин «субъект права» следует понимать в двух основных значениях. Во-первых, субъект права есть носитель правовых актов, «юридический деятель», им может быть только совершеннолетний человек, «физическое лицо», так как только человеку по природе присуща «естественная деятельность». Все прочие субъекты Петражицкого (в том числе, учреждения и общества) не могут быть деятельными лицами. Признавая за ними свойство деятельности, мы фиктивно распространяем на них признаки человеческой природы. Однако быть носителем права по Алексееву означает не только быть деятелем, но еще и быть «признанной и охраняемой правопорядком ценностью». Такими признанными ценностями могут быть не только реальные деятели; ценностью для правопорядка могут считаться также вещи (например, охраняемые правом животные), сверхличные цели, коллективы. В таком случае все они становятся носителями прав, самостоятельными юридическими субъектами, хотя лишь донаучное сознание называет такого субъекта лицом. Дело в том, что лишь в персонификации такое сознание видит единственный способ установления ценностей. В действительности же в концепции юридического лица современная наука лишь подчеркивает ценность хозяйственного самоопределения отдельных лиц и союзов, а также ценность централизованных публичных форм властвования. Но сколько бы ни называли ценности лицами, они не будут способны к совершению актов и к их переживанию, если не прибегнуть к той или иной фикции. Акты совершаются «за них» и «именем их» и выполняются реальными юридическими деятелями, каковыми могут быть лишь люди, способные к юридическому «осмысливанию». Только дееспособный человек при таком подходе, может быть лицом в праве, быть субъектом должностования, брать на себя обязательства и нести ответственность.

Позитивистская теория субъекта права привнесла в науку множество ценных и плодотворных идей. В частности, благодаря позитивизму в теории права началась активная разработка категории субъекта правоотношений как элемента особой правовой реальности. Многие идеи позитивистов легли в основу современного феноменологического подхода к праву. Вместе с тем предложенная позитивистами концепция «правовой реальности» оставляет множество нерешенных проблем. Прежде всего, позитивизм фактически уходит от ответа на вопрос о сущностных свойствах правоспособности. В частности, остается неясным, почему одним социальным образованиям правопорядок приписывает свойства юридической личности, а другим явлениям того же порядка – нет. Эти теории не идут дальше констатации факта, который для них же самих служит одновременно и отправной точкой: субъект права есть нечто, признаваемое законом и правопорядком в качестве такового. Тем не менее относительная простота и последовательность позитивистского подхода способствовали его популярности, а также серьезному влиянию на законодателя, которое можно проследить в истории кодификаций XX в.

В.М. Сырых

Российский университет правосудия, г. Москва

ДЕМОКРАТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

1. Принцип народовластия является основополагающим принципом правового государства. Чтобы воплотить в жизнь этот принцип, по нашему мнению, необходимо значительно расширить институты непосредственной демократии, создать надлежащие условия для того, чтобы сам народ определял свой строй, правопорядок и пути дальнейшего развития гражданского общества и построения правового государства. Для этого необходимо: 1) вернуться к мажоритарной системе избрания представительных органов государства, предоставив каждому ведущему социальному слою направлять в эти органы своих представителей в пропорции, соответствующей доле этого социального слоя

в гражданском обществе России; 2) вернуть избирателям право отзыва депутатов представительных органов государства, не оправдавших их доверия; 3) ввести институт народной законодательной инициативы, наделяющей определенное число избирателей правом внесения в представительный орган проектов законов в порядке законодательной инициативы; 4) принимать законодательные решения по вопросам, затрагивающим интересы всех или большей части населения России (образование, здравоохранение, правовой режим земли, приватизация государственного имущества и др.) посредством референдума.

2. Представительные органы современных демократических государства Европы, США, в том числе и России, состоят, как правило, из профессиональных политиков, представляющих интересы средних и зажиточных слоев населения. Подобная практика формирования представительных органов государства в первой половине XX вв., когда значительная часть рабочих и крестьян (фермеров) не имела надлежащего образования и не была способна должным образом выразить свои экономические, политические и иные интересы в законах страны, признавалась оправданной и необходимой. Названные слои населения вынуждены были свои права на участие в представительном органе государства передавать профессионалам-политикам, состоящим в той или иной политической партии. Наиболее охотно трудящиеся массы избирали представителей той партии, обещания которой наиболее полно соответствовали интересам народа, но, нередко, оказывались не выполнимыми в процессе деятельности представительного органа.

Однако в настоящее время имеет место иная ситуация. Основная масса трудящихся, благодаря всеобщему, а в ряде государств и бесплатному высшему образованию, значительно повысила свою политическую и правовую культуру и способна весьма разумно понимать и оценивать современные политико-правовые процессы и явления. В этих условиях сохранение прежнего порядка выдвижения кандидатов в депутаты представительного органа государства становится заметным тормозом на пути политического и социального прогресса, обеспечивает прежнее преимущество профессиональных политиков от политических партий в представительном органе, тогда как представители от трудящихся в парламент попадают весьма редко. Понятно, что парламент, состоящий из профессиональных политиков, представляющих интересы представителей имущих слоев общества, чаще всего принимает законы в интересах этих слоев и не всегда учитывает интересы трудящихся и малоимущих. Ситуации, когда интересы значительной части народа оказываются не представленными в парламентах с позиций целей и задач правового и социального государства, на которое претендуют большинство современных промышленно развитых государств, нельзя признать ни правомерными, ни справедливыми.

3. В целях обеспечения реального народовластия в представительном (законодательном) органе страны представляется необходимым изменить систему избрания депутатов – перейти на сословный порядок их избрания. Каждое сословие само избирает в парламент наиболее достойных представителей своих интересов, как это имело место в дореволюционной России при избрании депутатов Государственной Думы, когда все избиратели были поделены на четыре курии: землевладельческую, земледельческую, городскую и рабочую. В современных условиях основные социальные слои (классы) российского общества, сообразно роду их занятий, могут быть дифференцированы, как минимум на шесть групп: 1) рабочие; 2) жители сельской местности; 3) предприниматели; 4) государственные служащие; 4) работники умственного труда (сферы образования, здравоохранения, науки, литературы, искусства); 5) студенты образовательных учреждений высшего и среднего профессионального образования, 6) пенсионеры.

Вполне целесообразно использовать опыт дореволюционной России избрания депутатов не в ходе прямых выборов, а посредством выборщиков. Во-первых, в современной, как и дореволюционной России, отсутствуют партии, представляющие интересы какого-либо отдельного социального слоя и пользующиеся его поддержкой. Во-вторых, подобный порядок способен преодолеть многие несовершенства нынешней практики подсчета голосов и снять в значительной части справедливые нарекания избирателей в адрес счетных комиссий, когда победа той или иной партии обеспечивается не столько собранными голосами, сколько применяемыми этими комиссиями технологиями подсчета голосов.

3. Весьма актуальной предстает проблема законодательного закрепления устойчивой связи депутата Государственной Думы с избравшим его социальным слоем, населением. Конструкция свободного мандата ставит депутата в независимое положение от его избирателей, позволяет ему в течение срока депутатских полномочий исполнять свои обязанности, как говорится, «спустя рукава», даже не ходить на пленарные заседания Государственной Думы. Право избирателей досрочно отозвать своих депутатов, не справляющихся со своими депутатскими обязанностями, выступает мощным

стимулом активизации деятельности избранного депутата, в обязанности которого входит не просто периодически отчитываться перед избравшими его избирателями, но и исполнять их указы, данные в ходе избирательной кампании. Конечно, возможны ситуации, когда депутата могут отозвать досрочно безвинно, вследствие недостаточно активной деятельности по независимым от него обстоятельствам. Однако подобный эксцесс избирателей способен породить менее значимые вредоносные последствия, нежели конструкция абсолютного мандата, создающего питательную почву для полной независимости и никем не контролируемого бездействия депутата.

В Российской Федерации следует учесть передовой законодательский опыт ряда европейских государств предоставления избирателям права законодательной инициативы. Например, согласно ст. 71 Конституции Итальянской Республики, народ осуществляет законодательную инициативу путем внесения от имени не менее 50 000 избирателей предложения, составленного в форме постановочного проекта закона. Подобное право надлежит предоставить и российским избирателям.

Е.С. Третьякова

Филиал Московского института государственного управления и права, г. Пермь

ПРАВА ИНОСТРАННЫХ ПОДДАННЫХ В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ XIX ВЕКА

В настоящее время население любого государства структурно состоит из граждан и неграждан (собственных подданных и иностранных подданных).

Общепризнанным является тот факт, что формирование самостоятельного института подданства в российском государстве произошло к XVII веку, однако научное осмысление данных вопросов относится как раз к XIX – началу XX в. Дореволюционные исследователи вопросов подданства давали данной категории следующие определения: профессор А.Д. Градовский писал, что «под именем подданства или гражданства разумеется совокупность отношений, связывающих человеческую личность исключительно с данной страной и ее правительством. Каждый человек может принадлежать только одному известному политическому обществу»¹.

С юридической точки зрения разграничение по отношению к подданству имеет место с позиции определения соответствующего правового статуса. Изначально правовой статус иностранцев формировался как производный от статуса собственных подданных. Российским законодательством XIX века «иностранцами признаются все вообще подданные других держав, не вступившие установленным порядком в подданство России»².

В целом, власти российского государства до революционных событий в Европе весьма благожелательно относились к иностранцам, приезжающим в наше государство, однако начиная с французской революции и наполеоновских войн ситуация несколько изменилась в связи с вопросами обеспечения политической стабильности государства. Стали вводиться ограничения в правила въезда³ в страну, пребывания⁴ и выезда.

Российское законодательство рассматриваемого периода весьма детально регулировало данные установления: «Иностранцы всех вообще наций имеют право свободного приезда и пребывания в России, а равно и выезда из оной, на основании правил, установленных в Уставе о паспортах⁵, согласно которому "все иностранцы, приезжающие в Россию из-за границы, как сухим путем, так и на кораблях... должны иметь для пропуска их в пределы Империи паспорта от Российских миссий и Консульств, при иностранных державах находящихся"».

Паспорт с юридической точки зрения приобрел статус документа установленного образца, являющегося основанием для законного въезда и пребывания на территории государства.

Пребывание иностранных подданных (за исключением евреев), в пределах Российской империи в целом ничем не ограничивалось, однако постепенно, уповая на вопросы безопасности, государство стало принимать меры, направленные на ограничение владения недвижимым имуществом в пограничных территориях⁶. Хотя, в общем, по мнению Н.М. Коркунова, «в некоторых отношениях наше законодательство идет слишком далеко в уравнении прав иностранцев с подданными, предоставляя иностранцам даже политические права: права государственной службы и сословные права»⁷.

Наиболее обширны были права иностранных подданных в рамках гражданско-правового оборота, они регулировались, с одной стороны, национальным законодательством, с другой – нормами международного частного права. Так, иностранным купцам, в России поселившимся, позволялось строить, продавать и покупать дома, осуществлять всю полноту гражданско-правовых сделок, разре-

шенных в России. Правительство российского государства не оспаривало и права иностранных подданных на распоряжение своим имуществом, в том числе в порядке наследования, хотя перевод наследственных имений в большинстве случаев облагался пошлиной.

Ограничения права купцов на распоряжение имуществом налагались в связи с уголовными преступлениями, а также были связаны с нарушением таможенных правил, регламентов по уплате пошлины и банкротством⁸.

Важнейшей гарантией прав и интересов иностранных подданных в рассматриваемый период времени явилось их право на судебную защиту, причем как в рамках гражданского, так и в рамках уголовного судопроизводства.

Вместе с тем иностранные подданные сами подпадали под юрисдикцию государства, уголовной ответственности за совершение преступлений иностранные подданные, проживающие в России, подлежали наравне с российскими подданными. Так, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных в ст. 75 определяло, что «иностранцы, в России жительствовавшие или временно в одной пребывавшие, подлежат действию законов о наказаниях уголовных и исправительных на том же основании, как подданные российские, если о каком-либо из сего изъятия не сделано особенного постановления в договоре с тою иностранною державою, у коей они находятся в подданстве»⁹. Одновременно с этим положением в отношении уголовного преследования иностранцев существовал и ряд особенностей, не относящихся к собственным подданным. Так, согласно Уложению о наказаниях, к иностранцам не применялось такое наказание, как высылка за границу по судебному приговору. Во время содержания под стражей иностранцы пользовались особыми преимуществами наравне с лицами привилегированных российских сословий. Статья 174 Устава о содержащихся под стражей гласила: «Дворян, чиновников, также и из разночинцев людей состоянием своим отличных и иностранцев, должно помещать особо от людей низшего сословия»¹⁰.

Установление прав иностранных подданных уже в рассматриваемый период времени находилось на стыке национального и международного права. Заключались множественные договоры, в которых на основании принципа встречного предоставления взаимным подданным предоставлялись соответствующие права. Особое значение в регулировании правового положения иностранных подданных составляли международные договоры, заключаемые между приграничными государствами, направленные на установление особого, преференциального режима для жителей приграничных территорий. Данные соглашения были направлены на разрешение различных вопросов, таких как: упрощенное получение паспортов для осуществления трудовой деятельности на территории приграничного государства, упрощенный порядок перемещения через границу, упрощенный порядок торговли, взаимодействия между административными и судебными учреждениями приграничных территорий и др.

По истечении определенного законом срока иностранцы могли вступать в подданство Российской империи (натурализация). До 1864 года, когда был принят закон «О правилах относительно принятия и оставления иностранцами русского подданства» от 10 февраля, регламентирующий порядок вступления в русское подданство, был установлен весьма простой порядок «укоренения» (термин, использовавшийся правовой наукой того времени), в заявительном порядке, не предусматривающий необходимость соблюдения соответствующих условий. В соответствии с указанным законом, порядок был изменен в сторону ужесточения.

¹ Градовский А.Д. Начала русского государственного права. М.: Зерцало, 2006. Т.1. С. 193.

² ПСЗРИ-3. Т.2. №817.

³ ПСЗРИ. Т.25, №18564, 18565; т. 29; №22371.

⁴ Там же. Т. 23, №17201; т. 24, №17683, 17689.

⁵ Устав о паспортах и беглых // СЗ. 1857. Т IV.

⁶ Указ от 14 марта 1887г.

⁷ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Т.1: Введение и общая часть. 2-е изд. СПб., 1893. С. 197.

⁸ См.: ПСЗ-1. Т. I, №408; т. VII, №4451; т. IX, №6652; т. XXII, №16284; т. XXIV, №17796.

⁹ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных от 15.08.1845 г. // Рос. законодательство X–XX веков. М., 1988. Т.6: Законодательство первой половины XIX века. С. 174–309.

¹⁰ Устав о содержащихся под стражей (1890 г.). СПб., 1900.

II. КОНСТИТУЦИОННОЕ, МУНИЦИПАЛЬНОЕ, АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

В.А. Белобородов

Пермская городская Дума, г. Пермь

СОВЕТ БЕЗОПАСНОСТИ, КАК СТРУКТУРНАЯ ЕДИНИЦА МЕХАНИЗМА ГОСУДАРСТВЕННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

В условиях глобальной социально-политической напряженности все чаще проявляются противоречия между интересами иностранных государств и международных организаций и национальными интересами Российской Федерации. Разрешение данных противоречий возможно только путем квалифицированного определения и последующей реализации основных направлений внешней и внутренней политики. Формирование государственной политики в области обеспечения безопасности и контроль за ее реализацией является одной из основных задач Совета Безопасности. Целью данной работы является рассмотрение Совета Безопасности как структурной единицы механизма государственной безопасности.

В соответствии с частью 1 статьи 4 Федерального закона от 28.12.2010 №390-ФЗ «О безопасности»², государственная политика в области обеспечения безопасности является частью внутренней и внешней политики Российской Федерации и представляет собой совокупность скоординированных и объединенных единым замыслом политических, организационных, социально-экономических, военных, правовых, информационных, специальных и иных мер. Закрепленные Конституцией Российской Федерации¹ органы государственной власти (Президент, Федеральное Собрание, Правительство, судебная власть и прокуратура) осуществляют общее руководство основными направлениями деятельности государства. Механизм обеспечения государственной безопасности представляет собой законодательно установленный государственный аппарат, представляющий собой единство органов власти, осуществляющих разработку и практическую реализацию задач по обеспечению безопасности.

В данном ключе представляется справедливым мнение М.Р. Чарыева⁵, разделяющего субъекты обеспечения государственной безопасности на:

- субъекты, организующие деятельность по обеспечению государственной безопасности и определяющие направления такой деятельности;
- субъекты, непосредственно обеспечивающие государственную безопасность;
- субъекты, в пределах своей компетенции участвующие в обеспечении государственной безопасности.

В соответствии со статьей 83 Конституции Российской Федерации, Совет Безопасности формируется и возглавляется Президентом. Данный орган нельзя отнести ни к одной из трех ветвей государственной власти, поскольку он фактически является совещательным органом при Президенте. На первый взгляд, такого рода статус предполагает наложение определенных ограничений, в соответствии с которыми орган не имеет возможности принимать и реализовывать практические решения по вопросам своей компетенции. В то же время нельзя забывать, что компетенция Совета Безопасности, в самом общем виде, определяется полномочиями Президента. Являясь консолидированным органом власти, Совет Безопасности формируется Президентом в соответствии с его политической позицией и объединяет в себе усилия и возможности отдельных субъектов, организующих и определяющих направления деятельности по обеспечению государственной безопасности, а также непосредственно обеспечивающих государственную безопасность.

Поскольку в соответствии с частью 3 статьи 80 Конституции Российской Федерации, Президент Российской Федерации в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами определяет основные направления внутренней и внешней политики государства, Совет Безопасности является органом, осуществляющим формирование государственной политики в области обеспечения безопасности и контроль за ее реализацией.

Динамичная структура Совета Безопасности, реализуемая нормативными актами Президента, позволяет главе государства объективно учитывать национальные интересы при определении политики государства.

Являясь совещательным органом, Совет Безопасности в своей деятельности не ограничивается лишь формированием предложений Президенту для принятия решения по конкретному вопросу. Его решения предполагают последующую реализацию поставленных задач, в первую очередь органами власти, представители которых входят в состав Совета Безопасности. При этом не требуется использования нормотворческой деятельности, в связи с тем, что «выполнение решения обеспечивается авторитетом и властью главы государства, в реализации полномочий которого участвует Совет»⁴. Таким образом, субъекты, организующие деятельность по обеспечению государственной безопасности и непосредственно обеспечивающие ее, функционируют в соответствии с заданным политическим курсом.

В то же время, правовая природа решений Совета Безопасности не позволяет оказывать прямое воздействие на федеральные органы государственной власти, осуществляющие разработку и практическую реализацию задач по обеспечению безопасности. В связи с этим практическая реализация таких решений связана с нормотворческой деятельностью Президента. В соответствии с пунктом 16 Положения о Совете Безопасности Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 06.05.2011 №590³, вступившие в силу решения Совета Безопасности обязательны для исполнения государственными органами и должностными лицами. Формой легитимации таких решений являются соответствующие указы либо распоряжения Президента – подвижная форма нормотворчества, направленная на конкретизацию отдельных правовых предписаний к условиям объективной реальности.

Таким образом, Совет Безопасности является структурной единицей механизма государственной безопасности, осуществляющей координацию деятельности органов власти по реализации принятых Президентом решений в области обеспечения безопасности и оценку эффективности их деятельности. В то же время, он не обладает «неограниченными» полномочиями, оставляя без изменений функции основных государственных структур, играющих роль в обеспечении безопасности.

Функционирование Совета Безопасности позволяет обеспечить своевременность выявления угроз национальным интересам и подготовку необходимых управленческих решений федеральных органов исполнительной власти и Правительства по их нейтрализации, определить концептуальные направления и приоритеты в развитии общества и государства.

Список литературы

1. *Конституция* Российской Федерации: Конституция (принята Всенародным голосованием 12.12.1993) (ред. от 21.07.2014) // Российская газета, 1993. №237.
2. *Собрание* законодательства Российской Федерации, 2011. №1, ст. 2.
3. *Собрание* законодательства Российской Федерации, 2011. №19, ст. 2721.
4. *Барышникова В.В.* Решения Совета Безопасности Российской Федерации: понятие, правовая природа, виды и юридическая сила // Конституционное и муниципальное право. 2005. №6.
5. *Чарьев М.Р.* Судебная власть в системе обеспечения государственной безопасности Российской Федерации // Российский судья. 2006. №3,4.

Е.А. Брылева

Пермский институт ФСИН России, г. Пермь

ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ДЕТЕЙ В ПЕРИОД ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

Дети становятся жертвами вооруженных конфликтов в 23 странах по всему миру. Об этом свидетельствует доклад, подготовленный ООН. Сирия по-прежнему остается одним из самых опасных мест в мире для жизни детей. Кроме того, согласно докладу, в Афганистане и Ираке в 2013 году заметно увеличилось число погибших или искалеченных детей. Несовершеннолетние призываются на военную службу в Центральноафриканской Республике, Южном Судане и еще 12 странах¹, События, которые в настоящий период времени, происходят на Украине, также влекут за собой жертвы среди детей.

По самым консервативным подсчетам только за один месяц в результате столкновений на востоке Украины пострадали 1,2 тыс. человек, общее число жертв достигло 2,2 тыс. человек. Такие цифры содержатся в очередном докладе УВКПЧ по ситуации на Украине. С мая 2014 года по данным детского фонда ЮНИСЕФ пострадали 7 детей. Детский фонд ООН (ЮНИСЕФ) обеспокоен сообще-

ниями о том, что дети принимали участие и получили ранения в ходе беспорядков на Украине. Об этом говорится в заявлении организации, размещенном на ее сайте.

ЮНИСЕФ глубоко обеспокоен распространением волнений на Украине и тем, какое губительное влияние они оказывают на жизни детей. Мы знаем, что дети были вовлечены в проходившие демонстрации и изучением сообщений о жертвах и пострадавших среди детей в Одессе. ЮНИСЕФ осуждает эти факты серьезного нарушения детских прав в самых сильных выражениях, какие только возможны, – говорится в сообщении организации².

Вместе с тем существенно нарушаются и нормы международного права. Так, Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (IV Женевская конвенция 1949 года) предоставила детям правовую защиту в период международных вооруженных конфликтов. Нормы конвенции распространяются на детей как на лиц, «которые непосредственно не принимают участия в военных действиях»³, что является одним из способов обеспечения защиты детей. Согласно данной конвенции дети подлежат гуманному с ними обращению, что подразумевает:

- запрещение посягательств на их жизнь и физическую неприкосновенность, в частности запрет на убийства и пытки;
- запрет на взятие их заложниками;
- запрещение посягательств на их человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение с ними;
- запрещение осуждения и применения наказания к ним без судебного разбирательства, проведенного при соблюдении судебных гарантий (ст. 13, 27, 30–34, 147).

Данная конвенция содержит особые положения о защите детей от последствий военных действий. К примеру, в соответствии со статьей 14 дети до 15 лет и матери детей до 7 лет относятся к отдельной категории, для которой должны создаваться специальные санитарные или безопасные зоны. Аналогично дети и роженицы входят в категорию гражданских лиц, которые должны быть эвакуированы из осажденных или находящихся в окружении зон (ст. 17). Согласно статье 23 разрешается свободный пропуск посылок, предназначенных для детей до 15 лет, и рожениц. На оккупированных территориях беременные женщины, матери, у которых есть дети до 7 лет, а также дети до 15 лет пользуются любыми преимуществами в вопросах питания, медицинского ухода и защиты от последствий войны (ст. 50). Также в статье 50 предусматривается содействие учреждениям, попечению которых вверены дети, в связи с тем, что беременные женщины и дети до 15 лет должны получать дополнительное питание в соответствии с их физиологическими потребностями, что подробно зафиксировано в статье 89. Статья 38 указывает на положение, по которому дети до 15 лет и матери с детьми до 7 лет, принадлежащие к стороне противника, пользуются теми же преимуществами, что и граждане данного государства.

В соответствии с IV Женевской конвенцией 1949 года во время войны стороны обязываются принимать необходимые меры по отношению к детям до 15 лет, детям-сиротам (ст. 24). Дополнительный протокол №1 к Женевским конвенциям 1949 года сформулирован принцип особой защиты детей во время международных вооруженных конфликтов, согласно которому дети пользуются особым уважением и им обеспечивается защита от любого рода непристойных посягательств; стороны, находящиеся в конфликте, обеспечивают защиту и помощь, необходимую им ввиду их возраста или по любой другой причине (ст. 77). В дополнительный протокол №2 было включено аналогичное положение, касающееся вооруженных конфликтов немеждународного характера, что указывается в пункте 3 статьи 4, который гласит, что «детям обеспечиваются необходимые забота и помощь». Это два самых основных положения, имеющие большое значение. Также в дополнительных протоколах указываются все возможные меры по предотвращению непосредственного участия детей, не достигших 15 лет, в военных действиях. Протоколы запрещают выносить смертный приговор лицам, которые в момент совершения правонарушения не достигли 18-летнего возраста.

Конвенция о правах ребенка также определяет нормы, направленные на защиту детей в период вооруженных конфликтов. Так, статья 38 данной конвенции указывает на обязанность государств уважать нормы международного гуманитарного права, относящиеся к детям, и обеспечивать их соблюдение⁴. Государственные органы также должны принимать меры по обеспечению материальной и медицинской помощи по отношению к детям, отправляющимся в лечебные профилактории, интернаты, оказывать содействие в поиске их родных (ст. 30).

Таким образом, следует говорить, по нашему мнению, о международно – правовом статусе детей, включающий в себя нормы международного права, обеспечивающих их защиту в период вооруженных конфликтов.

Вместе с тем, нормы международного права должны быть дополнены нормами права внутреннего, определяющего правовой статус такой категории, как дети-жертвы вооруженных конфликтов, дети, которые проживают на территории вооруженных конфликтов, четко определить ответственность государства по отношению к этим детям и систему официального обеспечения.

Так, законодательство Украины содержит лишь одну статью в законе «Об охране детства»⁵. Российское законодательство объединяет данную категорию как дети, находящиеся в трудной жизненной ситуации, в нормативно – правовом акте «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации»⁶.

¹ <http://www.rosbalt.ru>.

² <http://ria.ru>.

³ Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1957. Вып. XVI. С. 204–278, 280.

⁴ Конвенция о правах ребенка: одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г., вступила в силу в СССР 15 сент. 1990 г. // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLVI. 1993.

⁵ Из интервью экс-уполномоченного по правам ребенка Украины Юрия Павленко. URL: <http://btbtv.com.ua/uk/news/>

⁶ Федеральный закон от 24 июля 199 г. №124 – ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А.И. Василенко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНЯТИЕ ЛОББИЗМА В НАЦИОНАЛЬНОМ ПЛАНЕ ПО ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ КОРРУПЦИИ НА 2014-2015 ГОДЫ

Изучающие лоббизм юристы с начала 1990х гг. ждут появления в российской юриспруденции легального понятия этого сложного явления, которое бы указывало на официальное признание государством факта существования лоббистских общественных отношений в России и, следовательно, определяло направление дальнейшей разработки национального лоббистского законодательства. В 1990х попытки определить лоббизм предпринимались в законодательстве субъектов федерации, что подробно изучалось профессором А.П. Любимовым¹. В 2000х значимым документом для отечественной юриспруденции стало появление модельного закона о регулировании лоббистской деятельности, утвержденного Постановлением Межпарламентской Ассамблеи Государств – участников СНГ². Реализация данных норм в национальном законодательстве не была осуществлена, однако научная дискуссия продолжилась. Наконец, в 2011 в Национальный план о противодействии коррупции на 2012-2013 годы³, была включена норма о необходимости регулирования института лоббизма. Были даны указания Министерству экономического развития Российской Федерации организовать обсуждения с представителями различных социальных групп вопроса о механизме формирования в Российской Федерации института лоббизма. Этот момент следует назвать поворотным в истории российского лоббизма, так как центральная власть на уровне Администрации Президента стала официально заинтересована в правовом регулировании лоббизма. В результате, в апреле 2014 года был принят утвержденный указом Президента РФ В.В. Путина «Национальный план о противодействии коррупции на 2014-2015 годы»⁴. Пп. «г» п. 2 акта предусматривает внесение Правительством РФ предложений по созданию нормативной правовой основы лоббизма, включая подготовку предложений о нормативном закреплении за соответствующим федеральным органом исполнительной власти функции разработки и реализации мер по последовательному введению в практику института лоббизма и о соответствующем кадровом усилении этого направления работы. Под лоббизмом в соответствии с данным пунктом понимается «*деятельность граждан и организаций по продвижению интересов социальной группы или индивида в государственных или муниципальных органах в целях принятия наиболее благоприятного для данной социальной группы или данного индивида решения*». Таким образом, впервые в современной российской юриспруденции дается легальное понятие лоббизма, что является важным шагом на пути к правовому регулированию в России этих сложных общественных отношений.

Говориться в указе Президента РФ и о последовательном введении в практику института лоббизма. Понятие лоббизма, как института права, предлагает А.П. Любимов: это совокупность норм, регулирующих взаимодействие (участие) граждан, общественных объединений, организаций, специ-

ализирующихся на лоббистской деятельности, других субъектов правоотношений с органами государственной власти и органами местного самоуправления для оказания влияния на принятие необходимых лоббистских решений⁵. Полагаю, что под последовательным введением в практику института лоббизма следует понимать поэтапную разработку и принятие лоббистского законодательства, как комплекса нормативных актов, регулирующих лоббистские отношения. Разработка и реализация данных мер, в соответствии с текстом Национального плана, предполагают наделение федерального органа исполнительной власти соответствующими функциями. Срок реализации определен 1 марта 2015 года, но уже сейчас на основе анализа понятия лоббизма можно делать выводы о будущем лоббистском законодательстве.

Во-первых, субъектами лоббистских отношений признаются как организации (юридические лица), так и граждане (физические лица), что соответствует северо-американской модели правового регулирования лоббизма. В отличие от нее, европейская модель в качестве субъектов лоббизма признает только общественные объединения.

Во-вторых, объектами лоббистского воздействия признаются государственные органы и органы местного самоуправления. Регулирование лоббизма в условиях сильной исполнительной власти не должно ограничиваться только парламентским лоббизмом. В соответствии со ст. 10 Конституции РФ⁶, государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы государственной власти конституционно закреплены в ст. 11 Конституции РФ. В ч. 1 ст. 11 определяются федеральные государственные органы, ч. 2 ст. 11 закрепляет, что государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти. Объектами лоббизма выступают и законодательные, и исполнительные органы государственной власти на федеральном уровне, а также на уровне субъектов федерации. Органы судебной власти, хоть и входят в систему государственных органов, лоббистским законодательством должны быть исключены из объектов лоббирования на основе конституционного принципа независимости суда, закрепленного в ст. 120 Конституции РФ. Регулирование лоббизма должно охватывать и муниципальные органы. Ст. 12 Конституции устанавливает, что органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Это значит, что органы местного самоуправления выступают самостоятельным объектом лоббирования.

В-третьих, лоббизм не просто так упомянут в контексте борьбы с коррупцией. Антикоррупционная направленность лоббистского законодательства определяется его главной задачей по приданию открытости взаимоотношениям общества с государственными и муниципальными органами. Открытость обеспечивается за счет раскрытия информации о взаимодействии лоббистов с должностными лицами государственных и муниципальных органов, делая возможным применения мер государственного и общественного контроля. Правовой механизм раскрытия информации предполагает наделение лоббистов специальным статусом. Данный статус приобретает лоббистами в результате обязательной регистрации в реестре лоббистов. Механизм раскрытия реализуется и через обязанность регулярной отчетности лоббистов, благодаря которой основная информация о внешних воздействиях на власть становится общедоступной.

Учитывая вышесказанное, есть высокая вероятность, что лоббизм в Российской Федерации в скором будущем может быть урегулирован правом по наиболее полной и эффективной северо-американской модели, использованной при регулировании лоббизма в ряде зарубежных стран и успешно доказавшей свою эффективность на практике. Конечно, национальный план – по большому счету лишь программный документ, но наличие в нем понятия лоббизма делает возможным строить прогнозы о том, каким будет российское лоббистское законодательство.

¹ Любимов А.П. Практика использования терминов «лоббизм», «лоббистская деятельность» в нормативных правовых актах и иных официальных документах в Российской Федерации. // Представительная власть – XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. Вып. 4. М., 2000.

² Постановление Межпарламентской Ассамблеи Государств – участников СНГ от 15 ноября 2003 г. №22-16 «О модельном законе о регулировании лоббистской деятельности в органах государственной власти». URL: <http://gr.ru/upload/law.pdf> (дата обращения: 12.09.2014).

³ Указ Президента РФ от 13.03.2012 №297 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2012–2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. №12, ст. 1391.

⁴ Указ Президента РФ от 11.04.2014 №226 «О Национальном плане противодействия коррупции на 2014-2015 годы» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. №15, ст. 1729.

⁵ Любимов А.П. Лоббизм как конституционно-правовой институт. М., 1998. 256 с.

В.А. Кочев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ: ОПЫТ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ

В общенаучном смысле термин «ответственность» употребляется как ответственный: 1) лицо, ответственное за состояние дел или наделенное соответствующими полномочиями в подведомственной сфере 2) ответственный человек – человек с высокоразвитым чувством долга (общественного, служебного, морального). Такой человек ревностно относится к своим обязанностям, он является патриотом, поборником добра и справедливости.

В теории государственного управления ответственность определяется как гарантированное обществом и государством отношение, обеспечивающее свободу и интересы взаимосвязанных сторон¹.

В науке конституционного права (КП) ответственность рассматривается в качестве одной из основных категорий и важнейшего элемента статуса субъектов конституционно-правовых отношений. Выделяются три взаимосвязанные части ответственности: а) оценка (квалификация – В.А.) поведения, б) сознание долга, в) наложение санкций. Исходя из обозначенного подхода в КП выделяют: 1) позитивную ответственность и 2) негативную ответственность².

Позитивная ответственность – суть положительное отношение лица к чему-либо. Отношение может быть деятельным (социально активным) и психологическим. В зависимости от этого позитивная ответственность подразделяется на перспективную и моральную.

Перспективная ответственность как социально активное поведение представляет собой эффективную реализацию прав и выполнение обязанностей, основанных на личной инициативе уполномоченного лица. Эффективность выражается в таких решениях и действиях, которые дают максимально возможный результат при минимальных затратах в оптимальные сроки. Достигнутый результат в наибольшей степени отвечает нормативно определенным целям и задачам. В указанном случае принято говорить об ответственном поведении, ответственном отношении к порученному делу, а равно – компетентности, профессионализме, которые позволили решить поставленные задачи с минимальными затратами в оптимальные сроки.

Ответственное поведение является основанием для объективной положительной оценки решений и действий уполномоченного лица, осуществляемых в соответствии с требованиями закона.

Перспективная ответственность должностных лиц закрепляется, например, в ч. 4 ст. 17 Федерального закона от 17.01.1992 №2202-1 «О прокуратуре»³, согласно которой Генеральный прокурор несет ответственность за выполнение задач, возложенных на органы прокуратуры. Подобные нормы закрепляются в ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 28.10.2010 №403 ФЗ «О следственном комитете»⁴ и в ч. 3 ст. 4⁵ Федерального закона от 07.02.2011 №3-ФЗ «О полиции».

Оборотной стороной позитивной ответственности является безответственность – неспособность лица к выполнению возложенных на него обязанностей, его некомпетентность, непрофессионализм. В данном случае позитивная ответственность устремляется в зону негативной и подходит к границе с последней. На это указывает возможность объективной отрицательной оценки деятельности лица и применение санкций (отстранение от должности, отставка), основанные на объективной стороне дела. Однако такая отрицательная оценка не дает основания для привлечения к негативной ответственности, поскольку нет признака противоправности деяния и нет вины ответственного лица (или вина не установлена).

Моральная ответственность – это личное отношение уполномоченного лица к своему долгу (общественному, служебному, профессиональному). Личное отношение выражается не в решениях и действиях, а в психологическом (ментальном) восприятии лицом меры своего долга (степени ответственности) за решение возложенных на него задач. Иными словами, моральная ответственность есть личностная установка или ответственность перед самим собой, перед собственной совестью.

Оборотной стороной моральной ответственности является беспринципность, аморальность, цинизм или банальное нежелание выполнять возложенные обязанности. В итоге наступает «девальвация» служебного (профессионального) долга. При работе с персоналом важно обнаружить оборот-

ную сторону моральной ответственности. При отсутствии личностных предпосылок к эффективной работе кандидат, заступив на вакантную должность, в любое время нанесет непоправимый вред общему делу. Нерадивое отношение может быть положено в основу объективной отрицательной оценки деятельности уполномоченного лица с последующим применением санкций или без таковой.

Следует различить еще один – переходный от позитивной к негативной – вид ответственности. *Переходная ответственность* в верхней точке «восхождения» сливается с позитивной ответственностью, а в нижней – соприкасается с негативной. Переходный вид ответственности возникает тогда, когда появляются отношения ответственности (двусторонние отношения) между обязанным лицом, с одной стороны, и лицом, осуществляющим контрольные функции, с другой стороны.

В указанных отношениях имеет место подотчетность ответственного лица контролирующему лицу или ответственность перед кем-то. Например, ответственность депутата перед народом, избирателями или подотчетность правительства представительному органу. Данные отношения основаны на праве контролирующего лица требовать отчета ответственного лица за исполнение определенных обязанностей.

Так, согласно Конституции РФ Государственная Дума заслушивает ежегодные отчеты Правительства РФ о результатах деятельности (п. «в» ст. 103 Конституции РФ). В свою очередь, Правительство РФ представляет Государственной Думе ежегодные отчеты о результатах своей деятельности (п. «а» ст. 114 Конституции РФ). Здесь имеют место отношения между подотчетным лицом (Правительством РФ) и контролирующим лицом (Государственной Думой).

Если подотчетное лицо получает положительную оценку своей деятельности, то ответственность приобретает позитивный аспект. В случае отрицательной оценки деятельности подотчетного лица позитивная ответственность оборачивается другой стороной и смыкается с негативной ответственностью. Такое соединение может повлечь санкции, а может и не повлечь. Наличие альтернативы указывает на то, что имеет место переходный вид ответственности.

Кроме того, отличие переходного вида ответственности от негативной ответственности состоит в том, что первая наступает при негативной оценке, основанной на том, что 1) предприняты неэффективные, нерациональные, нецелесообразные решения и действия, не соответствующие объективированным целям и задачам; 2) имеет место неспособность лица справиться с возложенными задачами, неспособность правильно определить оптимальный политический курс; 3) несвоевременно предприняты необходимые меры и вследствие этого нанесен ущерб обществу, государству, организации.

Во всех названных случаях отсутствует противоправное деяние подотчетного лица. Тем не менее могут применяться меры ответственности (санкции) – лишение статуса подотчетного лица (досрочное прекращение полномочий, отставка и др.) либо меры ответственности не применяются. При этом, данные обстоятельства не должны подпадать по признаки деяний, квалифицируемых как ненадлежащее исполнение обязанностей или превышение должностных полномочий. Поскольку указанные действия суть состав противоправного деяния (уголовного или административного).

Переходный вид ответственности имеет место и тогда, когда подотчетным лицом совершается противоправное деяние, но вина отсутствует. В этом случае также могут применяться соответствующие санкции, а могут и не применяться. При наложении санкций будет иметь место, так называемое объективное вменение ответственности.

Негативная ответственность – это разновидность отраслевой юридической ответственности.⁶ Негативной конституционно-правовой ответственности присущи все общие признаки юридической ответственности.⁷

Общие признаки негативной конституционной-правовой ответственности: а) является мерой государственного принуждения; б) применяется по отношению к виновному лицу; в) основанием привлечения к ответственности является правонарушение (деликт) - виновное противоправное общественное деяние; г) претерпевание виновным лицом неблагоприятных последствий (санкций), предусмотренных законом.

Все вышеназванные признаки негативной ответственности - в отличие от позитивной, являются неотъемлемыми атрибутами последней. В то же время негативной конституционно-правовой ответственности присущи определенные особенности.

Эти особенности главным образом определяются спецификой применения санкций:

1) санкции как мера ответственности предусматриваются чаще всего нормами других отраслей права (уголовного, административного);

2) могут одновременно применяться санкции (меры ответственности), предусмотренные КП и другими отраслями права;

3) применение мер ответственности другой отрасли права может исключать применение конституционно-правовой ответственности и наоборот;

4) применение мер ответственности другой отрасли права влечет обязательное применение мер конституционно-правовой ответственности;

5) большое разнообразие санкций, которые определяют меру конституционно-правовой ответственности. В их числе досрочное прекращение полномочий (освобождение от должности, отставка); ограничение или приостановка некоторых конституционных прав граждан; отмена конституционно-правовых актов, приостановление их действия или признание недействующими; признание правового нормативного акта неконституционным и др.

¹ Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. М. 1997. С.302

² Колюхова И.А. Конституционное право Российской Федерации. Общая часть. Курс лекций. М., 2006. С. 256; Авакьян С.А. Конституционное право Российской Федерации. М. 2006. С. 91.

³ СЗ РФ. 1992, ст. 347

⁴ СЗ РФ. 2010, ст. 968

⁵ СЗ РФ. 2011, ст. 395

⁶ Общая теория права. Учебник для юридических вузов / Ю.А. Дмитриев, В.В. Лазарев, О.Э. Лейст и др.; под общей редакцией А.С. Пиголкина. М. 1996. С. 319

⁷ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное (государственное) право России. М., 2007.

П.А. Ромашов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПОРЯДКЕ ПРИНЯТИЯ В СОСТАВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НОВОГО СУБЪЕКТА РФ – РЕСПУБЛИКИ КРЫМ

Процессы, связанные с изменением состава Российской Федерации, в частности в результате принятия и образования в составе Российской Федерации новых субъектов Федерации стали реальностью современного федерализма в России.

За последние десять лет в научной литературе периодически обращалось внимание на вопросы принятия в состав Российской Федерации нового субъекта РФ (иностранного государства или его части), однако исключительно с теоретической точки зрения, поскольку государственной практики реализации данного способа изменения состава Российской Федерации вплоть до марта 2014 г. не было.

16 марта 2014 г. на территории Автономной Республики «Крым» и города Севастополя состоялся референдум по вопросу о будущем статусе полуострова. На референдум были вынесены два вопроса: вхождение Крыма в состав России в качестве субъекта федерации или восстановление Конституции 1992 года при сохранении Крыма в составе Украины.

Согласно официальным результатам, в АРК 96,77% проголосовавших поддержало присоединение Крыма к России при явке 83,1 %, в Севастополе за присоединение к России проголосовало 96,77% (95,6% по другим источникам) избирателей при явке 89,5%.

На внеочередном пленарном заседании Верховного Совета АРК 17 марта 2014 года принято постановление «О независимости Крыма». За него проголосовали 85 депутатов. Со дня вступления в силу данного постановления на территории Республики Крым не применяется законодательство Украины, не исполняются решения Верховной Рады Украины. Деятельность государственных органов Украины на территории Крыма прекращается¹.

Республика Крым в лице своего высшего органа власти – Государственного Совета Республики Крым – обратилась к Российской Федерации с предложением о принятии Республики Крым в состав Российской Федерации в качестве нового субъекта Российской Федерации со статусом республики. В тот же день Президент России подписал Указ «О признании Республики Крым» в качестве независимого и суверенного государства². Тогда же Президент РФ издал Распоряжение №63-рп об одобрении проекта Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии Республики Крым в состав России и образовании в составе РФ новых субъектов. Также 17 марта 2014 г. Президент РФ издал Распоряжение №64-рп, которым было предложено собрать палаты Федерального Собрания РФ и пригласить представителей других высших органов государственной власти для заслушивания по-

слания Президента РФ Федеральному Собранию РФ в связи с принятием в Российскую Федерацию Республики Крым и образованием в составе новых субъектов РФ.

18 марта 2014 г. после заслушивания официального обращения Президента РФ относительно состоявшегося референдума в Крыму, в торжественной обстановке был подписан межгосударственный договор о принятии Крыма и Севастополя в состав России.

Непосредственно после этого Президент РФ в соответствии с пунктом «г» части 2 статьи 125 Конституции Российской Федерации и статьей 88 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» обратился с запросом в Конституционный суд РФ о проверке соответствия Конституции РФ временно применяемого Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов, заключенного Президентом Российской Федерации и уполномоченными представителями Республики Крым и города Севастополя 18 марта 2014 года и опубликованного в «Российской газете» 19 марта 2014 года³.

19 марта 2014 г. Конституционным судом РФ было вынесено Постановление №6-П, согласно которому постановлено следующее: признать не вступивший в силу международный договор между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов соответствующим Конституции Российской Федерации⁴.

Тогда же 19 марта 2014 г. в Государственную Думу ФС РФ были внесены Президентом РФ законопроекты №475944-6 «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя» и №475948-6 «О ратификации Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов». Названные законопроекты были соответственно одобрены и приняты Госдумой ФС РФ и Советом Федерации ФС РФ, подписаны Президентом РФ и официально опубликованы, и вступили в силу⁵.

11.04.2014 г. Конституция РФ была официально переиздана с учетом внесения изменений в ст. 65 в связи с принятием в Российскую Федерацию нового субъекта РФ – Республики Крым.

Таким образом, состоялось принятие Республики Крым в состав Российской Федерации и образование двух новых субъектов: Республики Крым и города федерального значения Севастополь (далее – новые субъекты Российской Федерации). Новые субъекты РФ считаются принятыми с даты подписания Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов (т.е. с 18 марта 2014 года).

Представляется, что исследование хронологии принятия и образования новых субъектов РФ в составе РФ имеет существенное значение и позволяет уточнить ранее выделявшиеся конституционалистами стадии процедуры принятия нового субъекта РФ⁶. Так в частности, на примере порядка принятия Республики Крым в состав РФ был можно выделить следующие стадии: 1) Внесение иностранным государством предложения о принятии данного государства или его части в Российскую Федерацию в качестве субъекта; 2) Рассмотрение Президентом РФ предложения иностранного государства и одобрение проекта договора о принятии в состав России нового субъекта РФ; 3) Уведомление Президентом РФ о поступившем от иностранного государства предложении палат Федерального Собрания и Правительства Российской Федерации и при необходимости проведение с ними соответствующих консультаций, в частности путем официального обращения Президента РФ (послания); 4) Подписание международного договора Президентом РФ; 5) Обращение Президента РФ в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке соответствия Конституции Российской Федерации данного международного договора и осуществление Конституционным Судом соответствующей проверки с вынесением решения; 6) Внесение Президентом России в Государственную Думу проекта Федерального конституционного закона «О порядке принятия в состав Российской Федерации нового субъекта РФ» и Федерального закона «О ратификации международного договора о принятии в Российскую Федерацию нового субъекта»; 7) Принятие Федерального закона о ратификации международного договора между Российской Федерацией и иностранным государством (на примере Республики Крым Постановление ГД ФС РФ от 20.03.2014 г. №3989-6ГД о принятии проекта закона №475948-6; Постановление СФ ФС РФ от 21.03.2014 г. №68-СФ об одобрении Федерального закона о ратификации договора) и Федерального конституционного закона о принятии иностранного государства или его части в Российскую Федерацию в качестве нового субъекта РФ (на примере Республики Крым Постановление ГД ФС РФ от 20.03.2014 г. №3990-6ГД и №3991-6ГД, соответственно об одобрении за-

кона №475944-6 в первом чтении и одобрении закона; Постановление СФ ФС РФ от 21.03.2014 г. №69-СФ об одобрении и принятии соответствующего Федерального конституционного закона), их подписание Президентом РФ, официальное опубликование и вступление в силу; 8) Внесение изменений в ч. 1 ст. 65 Конституции России на основании Федерального конституционного закона о принятии в состав Российской Федерации нового субъекта РФ.

В заключении автору представляется возможным отметить, что принятие и образование новых субъектов РФ повлекло за собой целый ряд насущных задач интеграции новых субъектов РФ в экономическую, финансовую, кредитную и правовую системы Российской Федерации, в систему органов государственной власти Российской Федерации, решение которых еще только предстоит осмыслить в конституционно-правовом аспекте.

¹ *Страница* Референдума на официальном сайте Государственного Совета Республики Крым [Электронный ресурс]. URL: http://www.rada.crimea.ua/news/17_03_2014_1 (дата обращения: 11.09.2014).

² *Указ* Президента РФ от 17 марта 2014 г. №147 «О признании Республики Крым» // Официальный Интернет-портал [Электронный ресурс]. URL: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102351094&intelsearch=%F3%EA%E0%E7+%EF%F0%E5%E7%E8%E4%E5%ED%F2%E0+%EE+%EF%F0%E8%E7%ED%E0%ED%E8%E8+%EA%F0%FB%EC%E0> (дата обращения: 11.09.2014).

³ *Договор* между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов. 2014. 18 марта [Электронный ресурс]. URL: <http://kremlin.ru/news/20605> (дата обращения: 11.09.2014).

⁴ *Постановление* Конституционного Суда РФ от 19.03.2014 г. №6-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. №13, ст. 1527.

⁵ *О принятии* в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя: Федеральный конституционный закон от 21.03.2014 г. №6-ФКЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. №12, ст. 1201; *О ратификации* Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов: Федеральный закон от 21.03.2014 г. №36-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. №12, ст. 1202.

⁶ *Чертков А.Н.* Комментарий к Федеральному конституционному закону «О порядке принятия в Российскую Федерацию и образования в ее составе нового субъекта Российской Федерации» (постатейный) // М., 2006. С. 10. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.lawmix.ru/commlaw/1231> (дата обращения: 11.09.2014); *Анисимов Е.Н.* Принятие в Российскую Федерацию и образование в ее составе нового субъекта РФ // Вестник Челябинского государственного университета. 2008. №22. С. 54–61; *Суборов М.А.* Процедура образования новых субъектов Российской Федерации // Известия ИГЭА. №1(51.) «Право и законодательство». 2007. С. 78–80.

III. ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

А.А. Ананьева

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

О ПРИЗНАКАХ ЮРИДИЧЕСКИХ КОНСТРУКЦИЙ

Полностью поддерживая высказывание С.С. Алексеева о том, что история развития юридических конструкций есть ни что иное, как развитие самого права, а их совершенство определяет достоинство юридических систем¹, мы обращаем внимание на то обстоятельство, что, несмотря на это, их изучению не уделяется достойного внимания. В целом можно констатировать, что на сегодняшний день отсутствует комплексное представление о сущности юридических конструкций, нет четкого понимания существа этого правового явления, его конкретных юридических параметров, а также ясности в классификации². Для решения обозначенной задачи, помимо прочего, важнейшее значение имеет выделение признаков, свойственных данному правовому явлению.

Сразу же обозначим, что, будучи правовыми моделями, юридические конструкции обладают следующими чертами. Во-первых, следует согласиться с А.Ф. Черданцевым, выделяющим в качестве характерных черт моделей следующие: модель является формой отражения действительности; модель создается в результате абстракции, идеализации; модель и исследуемый объект находятся между собой в отношении соответствия; модель служит средством отвлечения и выражения внутренней структуры сложного явления; модель, выступая в качестве заместителя объекта, дает информацию об объекте, является промежуточным звеном между теорией и действительностью, имеет содержательный характер³.

О том, что юридическая конструкция имеет идеальную природу и является моделью в научной литературе подчеркивалось неоднократно. Так, В.В. Чевычелов отмечает, что, на теоретическом (доктринальном) уровне юридическая конструкция «предстает перед нами своего рода структурной идеей определенного вида правовых явлений»⁴, является прообразом, на основе которого «тиражируются единичные законодательные конструкции»⁵. А.А. Алексеев, рассматривая с гносеологических позиций данное правовое явление, подчеркивал, что предложенное понимание юридических конструкций предопределено последовательным различением объекта юридической науки как внешней по отношению к исследователю реальности и ее теоретического описания «средствами науки как предмета»⁶. Таким образом, теоретический уровень задает интеллектуальное разрешение определенного вопроса, «выраженного в оптимальной модели построения прав, обязанностей, соответствующих юридических фактов»⁷.

Помимо свойств, присущих всем правовым моделям, юридические конструкции обладают совокупностью специфических свойств и признаков, на которых в дальнейшем акцентируем наше внимание. Н.М. Коркунов объяснял пользу применения юридических конструкций тем, что более устойчивые и прочные выводы получаются, когда исследуются не правовые нормы, а юридические отношения. Автор обращал внимание на существование в динамичной правовой действительности наиболее устойчивых (постоянных) элементов⁸. Приведенное высказывание позволяет выделить такие признаки юридических конструкций, как устойчивость и производность от системы общественных отношений. Н.М. Коркунов также предъявлял следующие требования к юридической конструкции: условие полноты, условие последовательности и простота и естественность⁹. Н.А. Власенко обращает внимание на такие требования, как логическое сходство модели и реальности, отсутствие «рыхлости» конструкции, максимальной компактности изложения юридических конструкций и их элементов¹⁰.

Юридические конструкции должны обладать высокой степенью абстракции «от бесконечной совокупности свойств, признаков, отношений исследуемых объектов ...»¹¹.

В целом юридическая конструкция, по мнению О.А. Халабуденко, представляет собой первичный правовой концепт, способный к объективации в нормах права и выступающий при наличии основания субстанциональным правовым началом. Сами юридические конструкции могут рассматриваться как генерализированные социальные факты, юридические признаки и свойства которых значимы для участников правового общения¹². Способность объективации в нормах права и иных правовых средствах является еще одним из важных признаков юридических конструкций. Вместе с тем, полагаем неверным сводить юридическую конструкцию к социальным фактам, пусть даже к генерализированным. Ситуационные модели поведения субъектов в реальной жизни, иллюстрируют не

столько статику, сколько динамику общественных отношений, и, как следствие, процедурное содержание юридических конструкций. Но не все юридические конструкции связаны с динамикой общественных отношений. Некоторые из них создают лишь предпосылки для этого. Например, юридические конструкции правосубъектности, правового режима, правовой презумпции, юридической фикции свойством процедурности не обладают. Возможность деятельности и сама деятельность суть разные понятия.

Между тем, применительно к большинству законодательных моделей юридических конструкций недооценивать значимость юридических процедур нельзя. Также считаем неверным отождествлять саму юридическую конструкцию и процедуру, как это делает А.Т. Козонов¹³.

Характерным признаком любых конструкций, в том числе юридических, является наличие сложной структуры, включающей в себя не менее двух элементов. В противном случае конструирование становится невозможным. Так, А.Н. Костюков полагает, что юридические конструкции потому и относятся к правовым феноменам, поскольку представляют собой нормативные модели, имеющие внутреннюю структуру¹⁴. С.Н. Овчинников обоснованно подчеркивает сложную структуру юридических конструкций и называет их составными образованиями¹⁵. Напротив, мнение А.Н. Костюкова вызывает возражение. Автор ошибочно полагает что, правонарушения и правоотношения не могут рассматриваться как юридические конструкции ввиду отсутствия их системно-структурного строения¹⁶. Данный вывод ничем не обоснован. В структуре моделей и правоотношения и правонарушения можно выделить, как минимум три элемента.

Ю.В. Сорокина и Н.В. Малиновская под юридической конструкцией понимают вербально выраженную, логически абстрактную нормативную модель, образующуюся в результате анализа и интерпретации правовых текстов¹⁷. Как уже было показано, юридические конструкции могут быть не только нормативными. Важно в данном высказывании другое – способность к вербальному выражению.

В заключение хотелось бы предложить следующее определение юридических конструкций: юридические конструкции – это созданные в результате абстракции идеальные модели конструктивно-сложных объективных явлений правовой действительности, отражающих сущностные характеристики формы и содержания правовой материи, и содержащие типовые схемы: применения правовых средств или средств юридической техники, либо взаиморасположения и взаимодействия элементов внутренней структуры источников права.

¹ См.: *Алексеев С.С.* Право на пороге третьего тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 40

² *Чельшиев М.Ю.* О юридических конструкциях в проекте изменений и дополнений в Гражданский кодекс Российской Федерации // *Гражданское право.* 2013. №1.

³ *Черданцев А.Ф.* Толкование права и договора : учеб. пособие для вузов. М.: Юнити, 2003. С. 240.

⁴ *Чевычелов В.В.* Юридическая конструкция: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005. С. 44.

⁵ *Чевычелов В.В.* К вопросу о понятии юридической конструкции // *Государственная власть и местное самоуправление.* 2005. №11. С. 27.

⁶ *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки / Гуманит. ун-т. Екатеринбург, 2001. С. 144.

⁷ *Алексеев С.С.* Избранное. М.: Статут, 2003. С. 197.

⁸ См.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. Спб., 1898. С. 348.

⁹ См.: *Коркунов Н.М.* Указ. соч. С. 353–354.

¹⁰ См.: *Власенко В.А.* Логико-языковые требования к юридическим конструкциям // *Юридическая техника.* 2013. №7. (ч. 2) С. 166–167.

¹¹ См.: *Черданцев А.Ф.* Указ. соч. С. 240.

¹² *Халабуденко О.А.* Некоторые вопросы методологии права: гражданско-правовые прерогативы и юридические конструкции // *Вестник Пермского университета.* 2013. №1

¹³ См.: *Козонов А.Т.* Порядок исполнения финансовых обязательств юридических лиц как юридическая конструкция // *Бизнес в законе.* 2007. №4. С. 240–242.

¹⁴ См.: *Костюков А.Н.* Муниципально-правовые конструкции // *Конституционное и муниципальное право.* 2002. №4. С. 4.

¹⁵ *Овчинников С.Н.* Юридические конструкции в таможенном праве. // *Правоведение.* 2008. №4. С. 125.

¹⁶ *Костюков А.Н.* Указ. соч. С. 5.

¹⁷ *Сорокина Ю.В. Малиновская Н.В.* Юридическая конструкция как результат правовой интерпретации // *Юридическая техника.* 2013. №7. (ч. 2). С. 722.

О НЕКОТОРЫХ ТЕНДЕНЦИЯХ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СОЦИАЛЬНОМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ

Интерес к социальному предпринимательству, рассматриваемому за рубежом в качестве перспективного направления развития социальной политики, подчеркивался на встрече Д.А. Медведева с предпринимателями в социальной сфере в ноябре 2013 г. Отмечалось, что социальное предпринимательство представляет собой деятельность, интегрирующую социальный и экономический эффект, в направлении решения социальных проблем с использованием инновационных средств. По результатам встречи Председатель правительства дал поручение ряду министерств и ведомств представить в Правительство РФ предложения по установлению в российском законодательстве определения предпринимательской деятельности, осуществляемой в целях оказания социальных услуг¹.

Под определением данной деятельности уместно понимать самостоятельную, инициативную, систематическую, на собственный риск экономическую деятельность, осуществляемую субъектом предпринимательства (независимо от его организационно-правовых форм), направленную на достижение социально-экономического результата, способствующую преодолению трудной жизненной ситуации услугополучателя². При этом, однако, представляется, что конструируемая таким образом российская модель социального предпринимательства видится более узкой, так как не в полной мере учитывает зарубежный опыт.

В чем же суть социального предпринимательства, рассматриваемого во многих странах в качестве альтернативы национальным моделям социальной защиты населения? Термины «социальное предпринимательство» (social entrepreneurship) в англо-американской традиции и «социальный предприниматель» (social entrepreneur) – в европейской вошли впервые в научный оборот сравнительно недавно, лишь в 60-е гг. XX в. Суть социального предпринимательства наиболее четко выражена Биллом Дрейтоном, основателем компании «Ашока»: «Социальные предприниматели не довольствуются тем, чтобы просто дать человеку рыбы, или обучить, как ее ловить. Они не успокоятся до тех пор, пока не революционизируют саму рыбную отрасль»³. По мнению Грегори Диза (директора центра развития социального предпринимательства Университета Дюка США), «наше время созрело для того, чтобы решать социальные проблемы «предпринимательскими» средствами»⁴. В литературе под социальным предпринимательством понимается предпринимательская деятельность, нацеленная на смягчение или решение социальных проблем, характеризующаяся следующими признаками: социальное воздействие; инновационность; самокупаемость и финансовая устойчивость; масштабируемость и тиражируемость; предпринимательский подход⁵. Данное явление занимает особое место в обществе и, находясь на стыке предпринимательства и благотворительности, впитывает в себя их положительные черты: от благотворительности – социальную направленность деятельности, от бизнеса – предпринимательские принципы, что позволяет социальному предпринимательству генерировать новый подход к решению социальных задач.

В зависимости от определения роли и места государства как законодателя в организации решения социальных проблем выделяется две модели социального предпринимательства: американская и европейская⁶. В США большая часть внешнего финансирования получается от частных фондов. Особенность американского пути развития социального предпринимательства заключается в том, что в США существует достаточно разветвленная и устойчивая сеть частной поддержки в виде благотворительных фондов. В Европе роль государства в определении стратегии развития правовой политики социального предпринимательства огромна, так как основана на государственной поддержке органами государственной власти и Европейским союзом. Несмотря на некоторые различия в подходах к правовой регламентации социального предпринимательства и деятельности социальных предприятий Америки и Европы, существует общее, что объединяет их, – это стремление оказать поддержку социальному предпринимательству, рассматриваемому как обновленное направление государственной социальной политики⁷. Направлением совершенствования законодательства является правовое обеспечение межсекторного взаимодействия.

К сожалению, в России не разработано легальное определение социального предпринимательства. Однако данный термин употребляется с 2012 г. в приказах Минэкономразвития, направленных

на реализацию мероприятий по государственной поддержке субъектов малого и среднего предпринимательства⁸, т.е. имеет узковедомственную специализацию. На сегодняшний день в России наблюдается тенденция отождествления социального предпринимательства с предпринимательской деятельностью в социальной сфере. Сенаторы разработали поправки к законопроекту «Об основах социального обслуживания населения», вводящие понятия «социальный предприниматель» и «социальное предпринимательство». Эти термины будут обозначать предприятия малого бизнеса и НКО, оказывающие социальные услуги. Согласно разработанным поправкам государство обязуется предоставлять таким предприятиям меры экономической поддержки⁹. Данный законопроект предполагает концептуально новый инновационный подход к оказанию социальных услуг. Если ранее договор предусматривался лишь в сфере негарантированных дополнительных возмездных отношений, то сегодня законодатель разделяет подход, содержащийся в авторском законопроекте ФЗ «О социальных услугах»¹⁰, посчитав уместным применить договорную модель ко всем формам социального обслуживания.

Однако данный подход является узким и характеризует лишь одно из возможных направлений формирования социального предпринимательства. На наш взгляд, необходима разработка концепции ФЗ «О социальном предпринимательстве», в котором бы закреплялись меры межсекторного взаимодействия и развития некоммерческого сектора, государства и бизнеса, а также критерии отнесения субъектов малого бизнеса как потенциальных объектов государственной поддержки к социальным предприятиям. Одностороннее приоритетное развитие поддержки каждого из секторов экономики может негативно сказаться на выборе стратегии социальной политики.

¹ См.: *Стенограмма* встречи председателя правительства встретился с предпринимателями в социальной сфере [Электронный ресурс]: официальный сайт правительства РФ. URL: <http://government.ru/news/7024> (дата обращения: 20.05.2014).

² См.: *Гришина Я.С.* Механизм взаимодействия частных и публичных правовых средств обеспечения социально-имущественных потребностей в условиях моделирования юридической конструкции социального предпринимательства. Саратов: Слово, 2014. 476 с

³ См.: *Социальное предпринимательство* // Википедия

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ Там же.

⁷ Там же.

⁸ См.: *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2013 году предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации»: Приказ Минэкономразвития России от 24.04.2013 г №220 [Электронный ресурс]: сайт Минэкономразвития России. URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/smallbusiness/support/doc20130424_06 (дата обращения: 25.05.2014).

⁹ *Сенаторы* предлагают ввести понятие «социальный предприниматель» [Электронный ресурс]: сайт телеканала Совета Федерации «Вместе-РФ». URL: <http://vmeste-rf.tv/news/19288.do> (дата обращения: 25.05.2014).

¹⁰ *Барков А.В.* Цивилистическая концепция правового регулирования рынка социальных услуг. М.: Юрист, 2008. 494 с.

Л.А. Баркова

Тверской государственный университет, г. Коломна

К ВОПРОСУ О ВОЗМОЖНЫХ НЕГАТИВНЫХ ПОСЛЕДСТВИЯХ ЛЕГАЛИЗАЦИИ КАТЕГОРИИ «СЕМЕЙНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ»

В целях совершенствования законодательства, регламентирующего режим имущества семейного предприятия, большим соблазном выступает идея о введении особого режима семейной собственности, позиционируемого как средство защиты от рейдерских захватов, что обуславливает актуальность более подробного исследования данного вопроса.

В настоящее время в средствах массовой информации обсуждается возможность внесения поправок в Гражданский кодекс РФ по вопросам семейной собственности. Депутат Госдумы Е. Федоров, поддерживающий инициативу ЛДПР по закону о родовых поместьях, предлагает легализовать понятие «семейная собственность», которую невозможно будет отобрать ни при каких обстоятельствах. В категорию «семейная собственность» могут быть включены семейные предприятия как

имущественные комплексы, недвижимое имущество, а также ценные для семьи объекты движимого имущества (автомобили, драгоценности, интеллектуальная собственность и т.д.). Семейная собственность в обязательном порядке должна перейти к наследникам владельца, приобретя характер «родового гнезда». Вместе с тем собственник теряет право отчуждать данные объекты: продавать, дарить, использовать в качестве залога. Парламентарии, выступившие с данной инициативой, надеются, что данный законопроект создаст дополнительную защиту для отечественного бизнеса, так как исключит возможность рейдерских захватов. По их мнению, «дети россиян», которые переведут часть своего имущества в разряд «семейного», могут быть уверены в своем будущем независимо от того, насколько успешно будет идти бизнес их родителей или насколько они материально обеспечены в данный момент¹.

Ранее законопроект «О родовых усадьбах» с аналогичными предложениями был внесен в Государственную думу Федерального собрания Российской Федерации депутатами Государственной думы И.В. Лебедевым, Я.Е. Ниловым, А.Н. Свинцовым, С.М. Катасоновым и впоследствии направлен в Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства для проведения правовой экспертизы. Помимо критического юридического анализа проекта в экспертном заключении, подписанном Председателем Совета В.Ф. Яковлевым, отмечаются два ключевых положения.

1. Согласно законопроекту, раз в жизни любой гражданин вправе получить не менее 1 га земли из государственных или муниципальных земель для устройства родовой усадьбы (п. 1 и п. 8 ст. 2). Максимальный размер участка определяется законами субъектов Российской Федерации (п. 3 ст. 2). В заключении отмечается, что введение этой нормы неизбежно приведет к конфликту интересов в отношении «хороших» земель, тем более острых конфликтов, чем большим окажется установленный максимальный размер предоставляемого участка. Как будет разрешаться этот конфликт? Без четкого ответа на вопрос о том, кто пользуется преимуществом при получении участка, введение приведенной нормы станет опасным. Однако этот вопрос не заботит авторов проекта (может быть потому, что в утопическом мире царит альтруизм).

2. Родовая земля может быть изъята у гражданина только при наличии одновременно двух условий: 1) ни он, ни члены его семьи или близкие родственники на ней не проживают и 2) на ней не ведется никакая-либо сельскохозяйственная деятельность либо ведется с нарушениями (ст. 4).

Эксперты полагают, что это правило сводит на нет все благие ожидания составителей проекта. Чтобы приобрести те льготы, которые в силу проекта должны получить обладатели родовой земли, достаточно будет построить на ней дом и жить в нем, занимаясь чем угодно. Либо, наоборот, жить там, где жил до получения родовой земли, а на ней поселить работников, которые будут вести хозяйство.

Между тем льготы, предлагаемые составителями проекта, масштабны. В частности: родовая земля не может быть конфискована, изъята для государственных нужд, она забронирована от обращения взыскания по обязательствам гражданина и членов его семьи (ст. 3), при возведении на ней строений не требуется разрешения на строительство (п. 4 ст. 5), произведенная на ней продукция не облагается налогами (п. 3 ст. 5). Приведенные положения противоречат нормам действующего законодательства, имеющим целью защиту публичных интересов, то есть интересов общества. Предлагаемые исключения для лиц, которым принадлежат земельные участки, приобретенные в качестве «родовой усадьбы», ничем не оправданы².

На опасность принятия закона о семейной собственности обращается внимание и в СМИ. Так, исходя из положений законопроекта, украденную у государства собственность можно объявить семейной собственностью, и при этом она останется неприкосновенной. Историки вспоминают, что подобный закон был принят в 1478 г. в Османской империи, в результате чего наследники не могли ни продать, ни поделить собственность. В то время проблема решалась просто – старший брат мог убить своих младших братьев³ (более абсурдную ситуацию представить трудно).

Эксперты полагают, что введение закона о семейной собственности парализует рынок недвижимости, так как нередко сделки с недвижимостью осуществляются с целью приобретения большей или меньшей квартиры в зависимости от обстоятельств. В случае придания недвижимости статуса семейной собственности подобные сделки станут неосуществимыми. Если предприятие приобретет статус семейной собственности, то потомки собственников будут обречены навечно продолжать семейное дело.

Таким образом, несмотря на внешнюю привлекательность либерально-демократической идеи, данный законопроект носит популистский характер и не может стать основой для совершенствования правового режима имущества семейного предприятия.

¹ См.: *депутаты* хотят «прикрепить» россиян к «родовым гнездам» // Известия, 2013. 15 авг. [Электронный ресурс.] Url: <http://izvestia.ru/news/555456> (дата обращения: 2 авг. 2014).

² *Экспертное* заключение по проекту Федерального закона №269542-6 «О Родовых усадьбах» (принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 17.06.2013 №119-4/2013) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ См.: Семейная собственность – законопроект года // Портал Новостройкино.ру. URL: http://novostroykino.ru/important/Kriminal_i_pravo/Semeynaya_sobstvennost-_zakonoproekt_goda/ (дата обращения: 1 авг. 2014).

В.Н. Барсукова

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ОСОБЕННОСТИ СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВОЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЧЕСТИ И ДОСТОИНСТВА ЛИЧНОСТИ

Человек, как совокупность определенных исторически обозначенных общественных отношений, только в обществе может осознать и проявить себя. «Жизнь общественная, – писал А.И. Герцен, — такое же естественное определение человека, как достоинство его личности»¹. Честь и достоинство являются ведущим компонентом социальной характеристики личности, ее субъективных прав, обязанностей, свобод. Указанные блага являются общественными ценностями, и вне общества они просто немыслимо. Вместе с тем честь и достоинство, безусловно, являются правовой категорией, поскольку право, законность, правопорядок есть важнейшие факторы их реализации. В частности, в праве категория достоинства личности воспринимается как объективный факт, как признание ценности личности во всех регулируемых правом сферах социальной жизни: экономической, политической, личной. Следует признать, что социальное и правовое диалектически переплетено в категориях чести и достоинства, поэтому разграничение данных компонентов носит достаточно условный характер. В литературе высказываются различные мнения относительно того, что представляют собой честь и достоинство, как социально-правовые категории. Так, например, по мнению О.В. Власовой, достоинство, как комплексное социально-правовое явление, включает в себя следующие диалектически взаимосвязанные элементы: субъективное право, общеправовой принцип, комплексный межотраслевой институт². Полагаем, что с данной позицией вряд ли возможно согласиться. Указанные элементы характеризуют достоинство в основном как правовой феномен и не отражает в полной мере социального аспекта. На наш взгляд, *социальный характер чести и достоинства* проявляется в следующем.

Во-первых, честь и достоинство представляют собой моральные ценности, общественно значимые свойства личности. Как честь, так и достоинство всегда имеют положительную окраску и представляют собой различные аспекты оценки человека обществом с точки зрения соответствия его духовных качеств и поведения социальным нормам, принятым в данном обществе (нормам морали, нравственности, права и т.д.). Живя в обществе, невозможно избежать его оценки. Нельзя также завоевать искреннее уважение, почтительное отношение в принудительном порядке. Общественная оценка личности имеет объективный характер, поскольку она формируется в результате сопоставления информации о качествах личности, выражаемых вовне посредством социально-значимого поведения, с информацией о содержании социальных норм, принятых в конкретном обществе (норм морали, права и т.д.). Искаженная оценка личности, возникшая в результате дефектов информации о ней или о содержании социальных норм, не может служить основанием к тому, чтобы говорить об отсутствии чести и достоинства у человека. Она является лишь основанием для применения механизмов защиты чести. «Честного человека, – писал Вольтер, – можно подвергнуть преследованию, но не обесчестить»³.

Во-вторых, содержание чести и достоинства определяется существующими общественными отношениями и в известной мере нередко не зависит от человека. Каждая историческая эпоха, общественно-экономическая формация характеризуется своими представлениями о том, что является честью, а что бесчестьем, что достойно, а что, напротив, заслуживает порицания. Иными словами, представления о чести подвержены изменениям как в социально историческом плане, так и в личном: в недалеком прошлом появление женщины прилюдно в мужской одежде рассматривалось как бесчестье, ныне же это обычная практика. Представления о чести зависят от социальных, демографических, географических и множества иных обстоятельств.

В-третьих, субъективная сторона чести и достоинства (сознание и чувство собственного достоинства) представляет собой различные грани осмысления и переживания человеком своей моральной ценности и общественной значимости, они обуславливаются общественными отношениями и зависят от них.

Правовая составляющая категории чести и достоинства выражается в следующем.

Во-первых, будучи правовыми категориями, честь и достоинство имеют специальный статус. Они отнесены законом к числу нематериальных благ. В этом смысле, они обладают рядом взаимосвязанных признаков, в том числе им свойствен нематериальный характер; они неразрывно связаны с личностью, индивидуализируя ее; имеют специфические основания возникновения и прекращения; неотчуждаемы и непередаваемы иным способом; не имеют четко очерченных физических границ; в некоторых случаях связаны со спецификой правового положения правообладателя⁴.

Во-вторых, идея чести и достоинства, как высшей ценности, пронизывает все принципы права, является их неотъемлемым компонентом (принцип гуманизма, справедливости, равенства, демократизма и т.д.). При этом, уважение чести и достоинства личности само по себе является самостоятельным общеправовым принципом.

Во-третьих, для обеспечения реализации и защиты обозначенных благ созданы разнообразные правовые механизмы. Честь и достоинство личности обеспечивается закрепляемым за нею комплексом субъективных прав и свобод, составляющих правовой статус личности, а не только правами и свободами, обеспечивающими неприкосновенность личности, жилища, тайну переписки, свободу совести и другое в сфере личных неимущественных отношений. Вопрос о чести и достоинстве – это, прежде всего, вопрос о субъективных правах личности в различных сферах государственной и общественной жизни, это вопрос об осуществлении и реальном обеспечении прав и законных интересов человека.

В-четвертых, соединение, сплетение многообразных элементов, синтезирующих и концентрирующих многоаспектную ценность человека, различные грани чести и достоинства, порождают специфическую структуру – институт достоинства личности. Институт достоинства личности – чрезвычайно сложная правовая реальность, которая может быть выражена при помощи различных правовых понятий разных отраслей права (субъект права, правосубъектность, неприкосновенность личности, жилища, тайна переписки, личная жизнь граждан и т.д.). В этом смысле институт достоинства личности может быть отнесен к межотраслевому комплексному объединению норм⁵. Вопросы законодательной регламентации и практической реализации данного института предполагают решение конкретных задач уточнения соотношения этого института с правовым статусом гражданина, принципами права, изучения юридического механизма реализации и охраны чести и достоинства личности. Межотраслевой комплексный институт чести и достоинства подчиняет все функции права единой цели созданию необходимых условий для достойного существования человека, эффективной правовой защиты его нравственных благ.

¹ Герцен А.И. Историческое развитие чести // Современник. 1848. Т. VIII. Отд. 2. С. 31.

² См.: Власова О. В. Достоинство человека как нравственно-правовая ценность : общетеоретическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2011. С. 13.

³ Вольтер Ф. Мысли. СПб., 1904. С. 28.

⁴ См.: Саханов Ю.З. Гражданско-правовая защита деловой репутации субъектов предпринимательской деятельности: монография. Казань, 2007. С. 45.

⁵ См.: Придворов Н.А. Институт достоинства личности в советском праве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Харьков, 1986. С. 12.

ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРАКТА ПО ПОСТАВКЕ ТОВАРОВ ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И МУНИЦИПАЛЬНЫХ НУЖД

Отношения, связанные с заключением, исполнением государственного (муниципального) контракта, как отношения, имеющие в большей степени частно-правовой характер, регулируются преимущественно, ГК РФ, так как госконтракт – это один из видов договора купли-продажи. Основная цель норм §4 гл. 30 ГК РФ¹ состоит в закреплении законоположений, которые учитывают такую важную особенность государственного контракта, как средства самоорганизации гражданских правоотношений по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд, как участие в них государства или муниципального образования, т.е. публично-правового образования, но как равноправного участника гражданского оборота.

На первый взгляд, может сложиться впечатление, что российское законодательство закрепляет приоритет ГК РФ при регулировании отношений, связанных с заключением и исполнением государственного (муниципального) контракта. Данный вопрос является в юридической науке спорным и дискуссионным. Так, Л.В. Андреева вполне обоснованно и аргументированно утверждает, что в сфере государственных закупок при решении вопроса о коллизии ГК РФ и специального закона – Закона о контрактной системе в части регулирования способов размещения заказов и заключения государственных контрактов должен соблюдаться принцип «*lex specialis derogat lex generalis*» (специальный закон вытесняет общий закон)².

Аналогичной позиции придерживается Л.И. Шевченко, предлагая закрепить данный принцип путем внесения соответствующих изменений в п. 2 ст. 525 ГК РФ. Данную точку зрения указанный автор обосновывает тем, что, во-первых, в состав специального законодательства по государственным закупкам входят не только федеральные законы и иные правовые акты, но и региональное законодательство, определяющее особенности формирования контрактных отношений, направленных на удовлетворение региональных нужд, а, во-вторых, данные акты имеют комплексный характер. Такая позиция, по мнению данного автора, и с этим следует согласиться, соответствует исторической традиции в России регулировать отношения в сфере государственных поставок (подрядов) в силу их специфики законами, имеющими самостоятельный характер³.

В научной литературе вполне оправданно неоднократно отмечалась низкая эффективность законотворчества путем изменения и дополнения норм Закона о государственных закупках. Так, В.Е. Белов справедливо указывает, что практика применения данного закона свидетельствует, что, несмотря на постоянно вносимые в него изменения, не удается в полной мере достичь поставленных в ст. 1 данного закона целей. В частности, отмечается сокращение числа участников торгов и возрастание количества контрактов, заключаемых с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем), завышение цен по сравнению с ценами на потребительском и корпоративном рынках⁴.

О.А. Беляева по данному поводу отмечает, что процесс внесения поправок в Закон о размещении заказов идет бессистемно. Закон «латают» то в одном, то в другом месте, однако целостная концепция его совершенствования не разработана. В результате Закон о размещении заказов по-прежнему предоставляет широкие возможности для злоупотреблений⁵.

Таким образом, следует признать, что перманентное изменение и дополнение Закона о размещении заказов не привело к должному эффекту. Как отмечалось в пояснительной записке к законопроекту «О контрактной системе в сфере закупок, товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд», разработка принципиально нового закона была необходима в связи с тем, что комплекс проблем в российском государственном заказе невозможно решить в рамках внесения изменений в действующее законодательство Российской Федерации в сфере государственных закупок⁶.

Выводы:

1. Считаем, что необходимо различать «государственный (муниципальный) контракт на поставку товаров для государственных (муниципальных) нужд» и «договор поставки товаров для государственных (муниципальных) нужд» как сделки (договора), как основания возникновения соответствующих правоотношений (юридический факт), как правоотношения.

2. Представляется, что Закон о контрактной системе распространяется на любые закупки публично-правовых образований, осуществляемые в соответствии с установленными в нем положениями, за исключениями, установленными ч. 2 ст. 1.

3. Полагаем, что государственный контракт как средство самоорганизации гражданских правоотношений по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд, являясь гражданско-правовым договором, включает в себя механизмы публично-правового регулирования (воздействия).

4. Публично-правовые и частноправовые начала в государственных контрактах тесно взаимосвязаны, потому возникает необходимость не только правового регулирования норм гражданского законодательства, но и субсидиарное применение норм публичного законодательства.

5. Полагаем, что государственный контракт по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд по своей правовой природе является гражданско-правовым договором, имеющим организационный характер, проявляющийся при заключении и исполнении государственного контракта. Вместе с тем особый правовой режим данного договора позволяет сделать вывод о наличии публично-правовых элементов в структуре договорных связей по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд.

6. Считаем целесообразным законодательно, путем внесения дополнений в Закон о контрактной системе, установить понятие «государственные и муниципальные нужды». Государственные и муниципальные нужды – это общественно значимые нужды (потребности) соответствующего публично-правового образования, определенные нормой права, объективно существующие, которые направлены на удовлетворение интересов неопределенного круга лиц (населения), реализуемые в установленном законом порядке специально уполномоченными органами государственной власти и местного самоуправления.

Полагаем, что в современных условиях развития рыночных механизмов совершенствование правового регулирования государственного контракта по поставке товаров для государственных и муниципальных нужд должно осуществляться на основе модернизации той правовой базы, которая была создана ранее, но с учетом современных гражданско-правовых механизмов. Дальнейшая тенденция правового обеспечения в сфере госзаказов должна быть обусловлена не механической, а научно обоснованной унификацией правовых норм, примером тому является Закон о контрактной системе.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. 2) от 26.01.1996 №14-ФЗ (ред. от 22.08.2014) // Собрание законодательства РФ. 1996. №5, ст. 410.

² См.: *Андреева Л.В.* Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2009. С. 37.

³ См.: *Шевченко Л.И.* Регулирование отношений поставки: теория и практика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 211.

⁴ См.: *Белов В.Е.* Поставка товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд: правовое регулирование. М.: Норма, Инфра-М, 2011. С. 90.

⁵ См.: *Беляева О.А.* «Совершенствование» законодательства о размещении заказов для публичных нужд // Законодательство. 2009. №11. С. 17–22.

⁶ См.: *Пояснительная записка к проекту федерального закона «О контрактной системе в сфере закупок, товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд»* [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

П.В. Бойко

Западно-Уральский институт экономики и права, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ВВЕДЕНИИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОСНОВ В ТРУДОВЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ

В дискуссии о современном Трудовом праве России наиболее актуальным является вопрос об интеграции в него гражданско-правовых начал.

Последний Трудовой кодекс РФ, несмотря на все положительные и обоснованные новшества, введенные после Кодекса постсоветской редакции, остается, по сути, социально направленным, идущим по пути социалистическому и кабальному по отношению к субъекту трудовых отношений – работодателю.

Действительно, новое трудовое право России приблизилось к мировым стандартам, демократическим основам и принципам. В настоящее время с учетом действия (до сих пор!) Конституции Российской Федерации 1993 г., ратификации многочисленных Конвенций и международных договоров Трудовой кодекс РФ предусматривает такие важнейшие права гражданина и личности, как право на свободу труда, защиту доброго имени работника, защиту персональных данных и многое другое.

Однако Трудовой Кодекс РФ в некоторой своей части изрядно отстал в своем развитии от экономических и правовых реалий нашего государства и общества.

Одна из проблем, которую следует отметить, проанализировать и подвергнуть критике, – это обязанность работодателя в силу действующих норм (разд. VII) ТК РФ нести расходы из собственных денежных ресурсов на оплату налогов и пенсионных взносов за своего работника.

Выше указывалось, что трудовое законодательство России все еще идет по пути социализации и развития в сторону гонения буржуазии и отрицания частной собственности на орудия труда. Известно, что форма правления государства российского и работа его экономики еще двадцать с лишним лет назад кардинально изменилась. Ранее в качестве работодателя выступало только государство. Оно обладало и силой, и властью, и значительными денежными активами. Естественно, оно обладало на правах собственника и как монополист орудиями труда.

Логично, что законодатель того времени считал работодателя стороной более сильной в сравнении со второй стороной трудовых отношений – работником. Отсюда и возникла законодательная инициатива возложить обязанность на работодателя блюсти массу социальных прав трудящихся. Той же позиции придерживался и выдающийся исследователь и новатор в науке трудового права России профессор Леонид Юрьевич Бугров, который полагал: «Работодатель является собственником орудий труда, а потому он безусловно, более сильная сторона трудового договора».

Приходится констатировать, что к списку реализации таких прав следует отнести разд. VII Трудового кодекса РФ 2001 г., который во многом дублирует действовавшие нормы по аналогичным правам Кодекса законов о труде того же 1977 г.

Ни в коей мере не умаляя значения мыслей о трудовом праве великого Бугрова, все же оспорим устоявшуюся точку зрения о превосходстве работодателя перед работником.

В современной России положение изрядного количества работодателей – индивидуальных предпринимателей отнюдь не принципиально отличается от социального положения работников. Те же доходы собственников малого предприятия сравнимы с доходами наемных работников в данной структуре – работе у индивидуального предпринимателя. Обязанность вести отчетность, платить обязательные взносы, предоставлять оплачиваемые отпуска, оплачивать смены работникам в период их нетрудоспособности – все это часто приводит работодателя к банкротству либо отсутствию экономической целесообразности легально вести бизнес.

Представляется разумным и законным в качестве серьезного шага к созданию верного и справедливого Закона о труде, основанного на принципах гражданско-правовых отношений, упразднить разд. VII Трудового кодекса РФ («Гарантии и компенсации») и изложить его в новой редакции, суть которой будет такова, что работник посредством исключительно государственных структур должен будет реализовывать все свои социальные нужды и необходимости.

Обязанность соблюдать и охранять социальные права работников должна возлагаться исключительно на государство. Работодатель не всегда является наиболее сильной стороной трудовых правоотношений, что давно и явно доказано практикой правоприменения и многочисленными фактами социальной жизни общества.

Следует отметить, что ряд развитых стран мира регулирует трудовые отношения именно с позиций гражданско-правовых начал. Такая логика иностранных законодателей продиктована все той же мыслью о равенстве в социальном положении обеих сторон трудового договора.

Н.Л. Бондаренко

Международный университет «МИТСО», г. Минск

ДОВЕРИЕ КАК УСЛОВИЕ ЭФФЕКТИВНОГО ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

Зададимся вопросом: может ли быть эффективным гражданский оборот, если он не основан на доверии? Известно, что все социальные институты функционируют на основе доверия, под которым

понимается психологическое состояние, когда субъект добровольно, осознанно и без колебаний ставит свое личное благополучие в зависимость от внешнего фактора, которому доверяет.

Категория «доверия» известна гражданскому законодательству (доверенность, доверительное управление), она реализуется через презумпцию добросовестности участников гражданских правоотношений. Однако вопрос о необходимости использования этических ценностных категорий в гражданско-правовых отношениях является достаточно дискуссионным. Вместе с тем эффективное функционирование гражданского оборота возможно только на основе доверия его участников друг к другу, государству, законодателю, судебной системе.

Выступление гражданина в гражданском обороте предполагает доверие к нему и осуществляемым им действиям, поскольку он отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законодательством не может быть обращено взыскание (ст. 23 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК)). В тех случаях когда речь идет о юридических лицах, степень доверия значительно снижается, поскольку по общему правилу тот, кто стоит за юридическим лицом (собственник имущества, учредитель, участник), не будет нести ответственность за его действия. Наиболее показательным в этом смысле является общество с ограниченной ответственностью, участники которого не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости внесенных ими вкладов. Принимая во внимание, что действующее гражданское законодательство Республики Беларусь не устанавливает требований к минимальному размеру уставного фонда такой организации, гарантии интересов его кредиторов практически отсутствуют. Не случайно данная организационно-правовая форма юридического лица пользуется большой популярностью в отличие от полного товарищества, участники которого солидарно между собой несут субсидиарную ответственность своим имуществом по обязательствам товарищества (ст. 72 ГК). Феномен же «честного купеческого слова» современному гражданскому обороту чужд.

Вопрос о доверии к государству неоднократно ставился в рамках философской, социологической и экономической наук. В контексте гражданского права доверие может рассматриваться как фактор, активизирующий гражданский оборот. И здесь мы вынуждены признать, что именно в отношениях «предприниматель – государство» дефицит доверия ощущается наиболее остро. Что касается предпринимательской деятельности, то условия ее осуществления в Республике Беларусь в последнее десятилетие изменялись неоднократно: от ужесточения требований до либерализации, от обструкции предпринимателей до принятия отдельных нормативных правовых актов, декларирующих их права. Признанием очевидного факта, что без создания благоприятных условий для предпринимательской деятельности невозможно устойчивое социально-экономическое развитие страны, явилась Директива Президента Республики Беларусь от 31 декабря 2010 г. №4 «О развитии предпринимательской инициативы и стимулировании деловой активности в Республике Беларусь». В п. 2 названного нормативного акта признана необходимость принимать самые серьезные меры по защите и развитию частной собственности, а также гарантирована необратимость приватизации государственного имущества.

Однако названные декларативные меры не всегда согласуются с правилами, закрепленными в других нормативных актах. Так, Указом Президента Республики Беларусь от 16 ноября 2006 г. №677 «О некоторых вопросах распоряжения имуществом, находящимся в коммунальной собственности, и приобретения имущества в собственность административно-территориальных единиц» облисполкомам и Минскому горисполкому предоставлено преимущественное право на приобретение в собственность соответствующей области, г. Минска акций хозяйственных обществ, включенных в перечни, утверждаемые этими же органами, которые приобретены гражданами Республики Беларусь у государства за денежные средства на льготных условиях и (или) в обмен на именные приватизационные чеки «Имущество», а также получены взамен долей граждан в имуществе арендных и коллективных (народных) предприятий при преобразовании их в акционерные общества. Наряду с открытыми акционерными обществами в указанный перечень оказались включены также закрытые акционерные общества, что противоречит самой их природе, поскольку участники закрытого акционерного общества могут отчуждать принадлежащие им акции с согласия других акционеров и (или) ограниченному кругу лиц (п. 2 ст. 97 ГК). Не способствует укреплению доверия к государству и недоверие к его законному платежному средству, которым является белорусский рубль. Причем недоверие исходит от самого государства, определяющего кадастровую стоимость земельных участков в стране в иностранной валюте, а именно в долларах США.

На уровне официальной идеологии можно сколько угодно говорить о гарантиях частной собственности, но, как известно, большие обещания уменьшают доверие (Гораций). Достаточно обра-

таться к ст. 60 Кодекса Республики Беларусь о земле, закрепляющей 11 оснований принудительного изъятия земельного участка по постановлению суда. Не укрепляет доверие и тот факт, что указанный перечень не является исчерпывающим, поскольку иные случаи прекращения права частной собственности на земельный участок могут быть предусмотрены законодательными актами, к числу которых наряду с законами относятся также декреты и указы Президента Республики Беларусь (ст. 3 ГК).

Эффективный гражданский оборот немыслим без доверия к законодателю, определяющему «правила игры», поскольку, как справедливо отметил П.А. Столыпин, «не только каждый законопроект, но каждая отдельная его черта, каждая особенность может чувствительно отозваться на благо страны». Основной проблемой современного белорусского законодательства является его нестабильность и избыточность. Именно избыточность законодательства Бруно Леони рассматривал в качестве главного препятствия на пути реализации принципа верховенства права и в значительной степени был прав. Однако недоверие порождает не столько активное нормотворчество, сколько ставшее не редкостью принятие нормативных правовых актов без оглядки на Конституцию и закрепленные в ней важнейшие принципы, обеспечивающие эффективный гражданский оборот: неприкосновенность собственности, свободу предпринимательской деятельности, недопустимость произвольного вмешательства в частные дела. И тут важнейшее значение приобретает доверие к судебной системе, позволяющее субъектам гражданского оборота рассчитывать на то, что в случае принятия нормы, нарушающей их права, суд будет достаточно независим и компетентен, чтобы дать строгую интерпретацию такой нормы. Реформирование судебной системы и упразднение хозяйственных судов также не способствовало укреплению доверия к суду.

Дефицит доверия выступает сегодня одним из важнейших факторов, тормозящих развитие гражданского оборота и снижающих его эффективность в Республике Беларусь. С нашей точки зрения, укреплению доверия будет способствовать усиление ответственности (в том числе и персональной) субъектов хозяйствования, государственных органов, законодателя и судей за принимаемые ими решения.

М.Г. Буничева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О РЕОРГАНИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В ФОРМЕ ПРЕОБРАЗОВАНИЯ

В связи с принятием Федерального закона от 5 мая 2014 года №99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»¹, значительным изменениям подверглись нормы о юридических лицах, в том числе положения о реорганизации юридических лиц.

Согласно п. 1 ст. 57 и п. 5 ст. 58 ГК РФ преобразование является формой реорганизации, при которой юридическое лицо одной организационно-правовой формы преобразуется в юридическое лицо другой организационно-правовой формы, при этом права и обязанности реорганизованного юридического лица в отношении других лиц не изменяются, за исключением прав и обязанностей в отношении учредителей (участников), изменение которых вызвано реорганизацией.

В юридической литературе реорганизация в форме преобразования рассматривается неоднозначно. По мнению О.И. Агаповой, преобразование не является формой реорганизации и заключается в изменении организационно-правовой формы, перехода прав и обязанностей от одного субъекта к другому не происходит, как не происходит и изменения субъектного состава в правоотношении². Д.В. Жданов считает, что специфика данной формы реорганизации состоит в том, что не происходит перераспределения имущественной массы юридического лица, происходит лишь смена формы юридического лица, но при этом содержание остается неизменным³. Аналогично высказывается В.В. Еремин, указывающий, что при преобразовании за сменой организационно-правовой формы никаких других существенных изменений в юридическом лице, и прежде всего в принадлежащем ему имуществе, не происходит, и тогда не выявляются, по сути, основные признаки реорганизации⁴.

Иное мнение имеет Д.И. Степанов, считающий, что преобразование связано не только со сменой фирменного наименования организации и переименованием отдельных ее органов: при этой форме реорганизации происходит полная смена внутренней структуры юридического лица, а с ней –

перерождение юридического лица, устранение одного участника гражданского оборота и появление нового⁵. Согласен с ним О.Р. Зайцев, полагающий, что преобразование, как и всякая форма реорганизации, связана с изменением в характере деятельности компании, а также имеет единую со всеми формами реорганизации цель: обеспечение правопреемства между прекратившейся и вновь созданной организацией⁶.

Представляется, что несмотря на уточнение законодателем правовой регламентации преобразования и связи с этим выделения его среди других форм реорганизации нет оснований не считать преобразование формой реорганизации. Преобразование предполагает прекращение одного и создание другого юридического лица в иной организационно-правовой форме, а не изменение статуса юридического лица, как отмечают некоторые цивилисты. Кроме того, необходимо учитывать происходящие изменения прав и обязанностей учредителей (участников) юридического лица, вызванных реорганизацией.

Рассматривая преобразование юридического лица, нельзя не упомянуть о новеллах, изложенных в новой редакции главы 4 ГК РФ. Так с 1 сентября 2014 г. при осуществлении преобразования не требуется составление передаточного акта; не требуется и уведомление кредиторов юридического лица о реорганизации, поскольку к отношениям, возникающим при реорганизации юридического лица в форме преобразования, правила статьи 60 ГК РФ (о гарантиях прав кредиторов реорганизуемого юридического лица) не применяются. Вступило в силу давно обсуждаемое положение о том, что хозяйственные товарищества и общества не могут быть реорганизованы в некоммерческие организации, а также в унитарные коммерческие организации (п. 3 ст. 68 ГК РФ).

Теперь разрешена реорганизация юридического лица с одновременным сочетанием различных ее форм, а также реорганизация с участием двух и более юридических лиц, в том числе созданных в разных организационно-правовых формах, если ГК РФ или другим законом предусмотрена возможность преобразования юридического лица одной из таких организационно-правовых форм в юридическое лицо другой из таких организационно-правовых форм. Так, например, для слияния акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью в настоящее время необходимо провести только одну реорганизацию, а не две, как это требовалось ранее (преобразование и слияние). Безусловно, данные новеллы воспринимаются участниками гражданского оборота положительно и определенно будут применены на практике.

Обращают на себя внимание новые правовые положения о том, что государственная регистрация юридического лица, создаваемого в результате реорганизации, допускается не ранее истечения трехмесячного срока (если иной срок не установлен законом) для обжалования решения о реорганизации (абз. 3 п. 4 ст. 57, п. 1 ст. 60.1 ГК РФ). Каких-либо исключений из данного правила не сделано для преобразования, в том числе и вынужденного, когда реорганизация вызвана произошедшими изменениями законодательства о юридических лицах. С учетом того, что при принятии единогласного решения участниками (единственным участником) юридического лица о проведении реорганизации в форме преобразования и отсутствии прав кредиторов на предъявление требований в связи с реорганизацией, ожидание столь длительного срока для завершения реорганизации представляется неоправданным. Возможно законодателю следовало бы предусмотреть упрощенный порядок проведения реорганизации в форме преобразования, хотя бы на переходный период, что облегчило бы реорганизационные процедуры для юридических лиц.

¹ *О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: Федеральный закон от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2014. №19, ст. 2304.*

² *Агапова О.И.* Защита прав кредиторов при реорганизации юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 38–39.

³ *Жданов Д.В.* Реорганизация акционерных обществ в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 22.

⁴ *Еремин В.В.* Специфика преобразования как формы реорганизации хозяйственных обществ // Юрист. 2011. №10.

⁵ *Степанов Д.И.* Формы реорганизации коммерческих организаций: вопросы законодательной реформы // Хозяйство и право. 2001. №3. С. 69.

⁶ *Зайцев О.Р.* К вопросу об обоснованности признания преобразования формой реорганизации // Цивилист. 2005. №2.

К ВОПРОСУ О СОВРЕМЕННОМ ПОНИМАНИИ КАТЕГОРИИ «ПРАВООТНОШЕНИЕ»

В результате общетеоретической и цивилистической разработки категории «правоотношение» в дореволюционный, советский и постсоветский период развития юриспруденции были сформулированы три основные концепции: 1) правоотношение как результат преобразовательного воздействия правовых норм на общественные (фактические) отношения; 2) правоотношение как юридическая форма общественного отношения; 3) правоотношение как единство правовой формы и экономического содержания.

Для современных работ как научного, так и учебного характера, присуще либо воспроизведение по инерции одной из концепций правоотношения, причина выбора которой, например применительно к концепции «преобразования», – «простота, отсутствие необходимости разделять реальные общественные отношения и их модельные конструкции»¹, либо смешение в пределах одной работы результатов всех названных выше концепций правоотношения². В рамках общетеоретических научных исследований чаще всего второй подход объясняется тенденцией к созданию интегральной концепции права, призванной объединить различные школы в правоведении и сформулировать на этой основе обобщающую теорию права³.

Едва ли не единственным исключением являются работы В.А. Белова (в том числе в соавторстве с А.Б. Бабаевым), который не только наиболее точно сконцентрировал понимание правоотношения как особой (юридической) формы общественного отношения, выражающейся «в системе социальных представлений о возможном и должном поведении участников этого отношения», но и последовательно обосновал идею о том, что правоотношение – это «чисто идеальное понятие, научная абстракция, прием научного юридического исследования»⁴. Точности ради следует отметить, что эта идея не является абсолютно новой для правовой мысли. О том, что цель введения рассматриваемого понятия связана с задачами догматического *изучения* права, писали на основе имевшихся разработок еще составители Энциклопедического словаря Брокгауза и Ефрона⁵. Абстрактный характер правоотношения признавали и советские авторы, однако сколько-нибудь логического завершения в этом аспекте их рассуждения, остававшиеся в плоскости реальной действительности, не получали, что, впрочем, является одной из причин многолетней неудачи в попытках установить сущность правоотношения.

По сути мы имеем дело с профессиональным правилом мышления и деятельности (решения юридических задач), позволяющим организовать фактический материал в сознании юриста посредством представления связи субъективного права и обеспечивающей его юридической обязанности. Расширение содержательной и функциональной характеристик правоотношения за счет смешения объективной и правовой сферы усложняет восприятие реально существующих явлений, порождает массу рассуждений, в итоге упирающихся в неразрешимые противоречия. Так, авторы, признающие реальный характер правоотношения, анализируя одну и ту же ситуацию, в которой гражданин передал своему знакомому значительную сумму денег (применительно к действующим гражданско-правовым нормам речь идет о сумме, в десять раз превышающей нормативно установленный минимальный размер оплаты труда), без соблюдения требуемой в таких случаях письменной формы договора, приходят к противоположным выводам. Как полагает Р.О. Халфина, такое заемное отношение, не будучи облеченным в правовую форму, качественно отличается от соответствующего правоотношения по причине невозможности использования специфических правовых средств защиты⁶. По мнению А.П. Дудина, отношения не становятся неправовыми оттого, что участники не оформили их должным образом⁷. Представляется, что рассматриваемое в приведенном примере отношение независимо от способа его оформления остается имущественным по своему характеру, а в случае возникновения спора первостепенное значение будет иметь вопрос не о правовом или неправовом характере данного отношения, а о наличии физических (фактических) свидетельств заключения гражданско-правового договора займа. Таким образом, не наличие правоотношения влияет на возникновение и динамику субъективного права заимодавца, а доказательство факта заключения договора. Соответственно, использовать ли категорию правоотношения как прием решения конкретной юридической задачи научного или прикладного характера или же получить это решение, отталкиваясь от категории

«субъективное право», – выбор за тем, перед кем стоит данная задача. В этом отношении интерес представляет наблюдение дореволюционного русского правоведа Н.М. Коркунова, согласно которому «западноевропейские юристы, начиная уже с глоссаторов, придают особенное, главное значение активной стороне отношения, правопритязанию, так что не правопритязание они выводят из правоотношения, а наоборот, и отношение рассматривают как последствия правопритязания»⁸. О том, что, например, для немецких исследователей понятие «субъективное право» было своего рода решающей точкой отсчета, свидетельствует и структура их работ, в которых предметом исследования сначала выступает субъективное право, а затем – правоотношение. Более того, уже при создании Германского гражданского уложения (вступившего в силу 1 января 1900 г.) «шел спор о том, следует ли развивать доктрину частного права как систему субъективных прав или же как систему правоотношений»⁹. Российская (а вслед за ней и белорусская) наука гражданского права, наибольший период развития которой пока что совпадает с советской эпохой, опираясь на право в объективном смысле (нормы), во-первых, при систематизации в качестве основы использует систему Гражданского кодекса, во-вторых, как и другие отрасли юридической науки, занимается изучением не правоотношений, а правоотношений, складывающихся под воздействием норм права, с чем, собственно, и связана одна из предпосылок столь длительного применения названных выше теорий правоотношения, базирующихся на различных вариантах взаимной подмены предметного содержания правового и фактического (жизненного) отношения.

¹ *Гражданское право: учебник: в 3 т. / под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2008. Т. 1. С. 116.*

² *Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. М.: Статут, 2004. С. 3, 41.*

³ *Бутакова Н.А. Правоотношения в структуре правовой действительности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2006. С. 4.*

⁴ *Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. 1. Введение в гражданское право: учебник. М.: Юрайт, 2011. С. 378, 382.*

⁵ *Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона / под ред. К.К. Арсеньева, Е.Е. Петрушевского: в 86 т. СПб.: Типолиитография И.А. Ефрона, 1897. Т. 43. С. 432.*

⁶ *Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М.: Юрид. лит., 1974. С. 32, 36.*

⁷ *Дудин А.П. Диалектика правоотношения / под ред. В.О. Тененбаума. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1983. С. 93.*

⁸ *Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. 2-е изд. Предисловие И.Ю. Козлихина. СПб.: Изд-во «Юрид. центр Пресс», 2004. С. 179.*

⁹ *Шапф Ян. Система германского гражданского права: учебник; пер. с нем. С.В. Королева. М.: Международные отношения, 2006. С. 63.*

Е.С. Вайнер

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

НЕКОТОРЫЕ ГАРАНТИИ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ РОДИТЕЛЬСКИХ ПРАВ

Конституцией Российской Федерации родителям даровано право заботиться о детях, воспитывать их. Семейный кодекс Российской Федерации подчеркивает равенство прав и обязанностей родителей по отношению к своим детям. Однако де-факто не каждый родитель имеет возможность осуществить свои родительские права. Речь не идет о случаях нежелания воспитывать ребенка и заботиться о нем. Нередко иные факторы играют негативную роль и препятствуют надлежащему осуществлению родителями своих родительских прав. На сегодняшний день представляется возможным выделить ряд гарантий, способствующих осуществлению родителями родительских прав.

В первую очередь, стоит назвать такую гарантию последующей беспрепятственной реализации родительских прав как запись в качестве родителя в записи акта о рождении ребенка. Действительно, при отсутствии таковой, родитель не сможет в полной мере осуществлять родительские права, выступая, скорее, фактическим воспитателем и не имея возможности обратиться за защитой нарушенных родительских прав, выступить в качестве законного представителя ребенка, принимать жизненно важные для ребенка решения. В соответствии с содержанием нормативных правовых актов родителями будут считаться лица, отцовство и материнство которых установлено на основании соответствующих документов. Данный вопрос регулируется гл. 10 Семейного кодекса Российской Федерации и гл. 2 ФЗ «Об актах гражданского состояния». При наличии необходимых условий мужчина и женщина будут записаны в качестве родителей в записи акта о рождении ребенка и на основании

данной записи будет выдано свидетельство о рождении ребенка. Стоит подчеркнуть, что родительское право может возникнуть спустя значительный период времени после рождения ребенка и выдачи свидетельства о рождении ребенка: после установления отцовства или материнства.

В качестве следующей гарантии, способствующей нормальному осуществлению родительских прав, можно назвать невозможность вывоза ребенка за пределы Российской Федерации без согласия на то обоих родителей. Данный запрет не всегда был четко зафиксирован законодателем. Федеральный закон «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» говорит о том, что несовершеннолетний гражданин Российской Федерации как правило выезжает за пределы данного государства совместно хотя бы с одним из родителей. О необходимости предоставления согласия на выезд ребенка второго родителя в законе ничего не говорится. Однако после подписания Президентом РФ ФЗ от 31.05.2011 №102-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» положения данной Конвенции действуют и на территории России. Так, перемещение ребенка из России без согласия родителей или одного родителя будет являться незаконным и потребует немедленного возвращения детей. Стоит отметить, что внутреннее законодательство Российской Федерации не во всем соответствует положениям вышеназванной конвенции. Однако несмотря на это данный международный акт уже действует и исполняется судьями при принятии судебных решений.

Немаловажной гарантией реализации родительских прав является возможность применения обеспечительных мер в виде определения места жительства ребенка на период рассмотрения судебного спора. Действительно, во время рассмотрения спора об определении места жительства ребенка его проживание не определено. Это может вызвать некоторые затруднения. Так, согласно семейному законодательству, родители имеют равные права по отношению к ребенку, а значит, равные права на проживание ребенка с ним до вынесения судом решения. Родитель вполне может «забрать» ребенка себе, на время рассмотрения спора в суде, при этом не сообщив второму родителю о месте, где они с ребенком будут находиться. Однако Федеральным законом от 04.05.2011 №98-ФЗ п. 3 ст. 65 СК РФ был дополнен абзацем следующего содержания: «По требованию родителей (одного из них) ... суд с обязательным участием органа опеки и попечительства вправе определить место жительства детей на период до вступления в законную силу судебного решения об определении их места жительства». Полагаем, данная мера должна сыграть положительную роль в урегулировании конфликтной ситуации между сторонами. Реализация родительских прав на период рассмотрения спора в суде (что может занять значительный период времени), будет гарантирована путем определения конкретного места жительства ребенка.

Стоит отметить, что при ответе на вопрос о возможности обеспечить надлежащее осуществление родительских прав необходимо затронуть тесную связь между семейным правом, правом социального обеспечения, а также, как ни странно, трудовым правом. Далеко не секрет, что материальное положение играет важную роль как в поддержании на должном уровне брачно-семейных отношений, так и в возможности обеспечить ребенку надлежащее воспитание и уход за ним. Таким образом, социальные гарантии, предоставляемые гражданам, имеющим детей, сыграют очень большую роль в возможности надлежащей реализации родительских прав. Связь между правом трудовым и семейным подчеркивается, в частности, в статье Е.А. Исаевой. Так, автор говорит о том, что зарубежное трудовое законодательство нацелено, в частности, на возможность реализации родительских прав в равной мере матерью и отцом ребенка. Например, речь идет о предоставлении в некоторых зарубежных государствах дополнительных оплачиваемых отпусков отцам, распространении на отцов некоторых гарантий и льгот. Такой подход законодателей представляется вполне оправданным в настоящее время, когда и матери, и отцы затрачивают одинаковые усилия на получение заработка.

Таким образом, несмотря на закрепление в нормативных правовых актах прав и обязанностей родителей по отношению к своим детям, не во всех случаях родители имеют возможность реализовать их. Однако можно выделить ряд гарантий, способствующих осуществлению родительских прав. Кроме вышперечисленных в статье гарантий, можно выделить и иные гарантии реализации родительских прав, в частности, это возможность обращения в судебные органы с целью защиты родительских прав.

Список литературы

Исаева Е.А. Право ребенка на равное общение с обоими родителями: сравнительный анализ трудового законодательства России и стран Европы // Вестник ЯрГУ. Сер. Гуманитарные науки. 2012. №3 (21) С. 77–80.

**ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА
К ПРАВООТНОШЕНИЯМ ИЗ НЕТИПИЧНЫХ ДОГОВОРОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Одной из важнейших проблем, стоящих на пути развития гражданского права сегодня, является проблема непоименованных договоров. В гражданском обороте совершается значительное количество сделок, не имеющих правовой регламентации, хотя частота их заключения показывает востребованность таких договоров в хозяйственном обороте. Имеющаяся в Гражданском Кодексе Российской Федерации 421 статья о свободе договора носит концептуальный характер, устанавливая, что «стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами».

Однако, такие непоименованные договоры неоднородны по своему характеру, в первую очередь по возможности соотнесения их с законодательно закрепленными типами договоров, а, следовательно, необходимо разграничивать подходы к правовому регулированию отношений, вытекающих из таких договоров.

Можно выделить три категории непоименованных договоров: типичные, нетипичные и смешанные. Типичные договоры, совпадая по цели их заключения и способам исполнения с существующими типами, а иногда и видами договоров, нуждаются в применении аналогии закона, что зачастую отрицается правоприменительной практикой. Так, при рассмотрении спора об аренде помещения в одном из дел¹ судом была применена статья 421 ГК РФ в связи с включением в договор аренды условия, которым было установлено, что арендная плата может быть изменена по соглашению сторон чаще одного раза в год в связи с теми или иными обстоятельствами. Это было расценено как принятие на себя сторонами сделки обязательств по заключению в будущем соглашения об изменении договора в этой части.

Смешанные договоры содержат «элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами»², а так же могут включать в себя черты типичных и нетипичных договоров.

Нетипичные договоры в силу особенностей предмета, способа их исполнения или субъектного состава сторон не могут регулироваться нормами второй части ГК РФ, применяемыми по аналогии. В качестве примера таких договоров следует назвать договоры о донорстве органов и тканей человека, о трансфере игроков футбольных и хоккейных клубов, о суррогатном материнстве и многие другие.

В разъяснениях, содержащихся в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 года №16³ говорится, что «в таких случаях судам следует учитывать, что к непоименованным договорам при отсутствии в них признаков смешанного договора правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются». Следовательно, для регулирования отношений и оценке соответствия праву заключенных соглашений следует руководствоваться общими правилами об обязательствах и договорах.

Однако здесь не все так просто. Необходимо вывести алгоритм последовательности рассмотрения споров, возникающих из заключения нетипичных договоров:

– во-первых, необходимо обосновать не типичность договора, определяя целевую направленность действительной воли контрагентов договора, так как в основном типизация происходит именно по этому основному квалифицирующему признаку.

– во-вторых, рассмотреть договор на предмет его действительности с точки зрения отсутствия признаков «обхода закона». Например, если будет установлено, что целью заключения договора аутсорсинга является уменьшение налоговых вычетов, то есть какие-то работы могли бы быть проведены без привлечения персонала контрагента, то в этом случае возможно говорить о признаках обхода закона. Принцип свободы договора не предполагает возможности заключать соглашения, противоречащие закону, и не исключает применение норм о ничтожности сделок в случае обнаружившегося несоответствия условий договора требованиям закона.

– в-третьих, так как признание договора нетипичным означает признание принципа свободы договора необходимо учитывать установленные гражданским правом пределы осуществления гражд-

данских прав, определяемые границами прав третьих лиц. При признании факта нарушения прав третьих лиц такой договор должен определяться как недействительный.

– в четвертых, применяя принцип свободы договора, следует учитывать наличие слабой стороны в споре, например потребителя. Необходимо закрепить правила, которые должен предусматривать договор, стороной которого является слабая сторона по гарантии защиты его прав⁴. Суды, ссылаясь на ст. 421 ГК РФ, не раз разъясняли, что положения, предусматривающие свободу заключения договора, не должны приводить к отрицанию или умалению других общепризнанных прав и свобод. Для этого уже созрела необходимость внести в общую часть обязательственного права статью, закрепляющую общие нормы правового регулирования отношений с участием потребителя. Однако каждый конкретный случай следует анализировать с точки зрения таких принципов как разумность и добросовестность. Так, анализируя один из кредитных договоров, заключенных физическим лицом с банком, суд, ссылаясь на ст. 819 ГК РФ и ст. 30 ФЗ «О банках и банковской деятельности», отметил, что действующее законодательство не содержит запрета на добровольное возложение на себя заемщиком обязанности по оплате комиссии за ведение ссудного счета и включение указанных условий в кредитный договор, что не противоречит ст. 421 ГК РФ, устанавливающей принцип свободы договора. Кроме того, действующее законодательство не содержит императивных норм, запрещающих на основе согласованных сторонами – юридическими лицами условий договора предусматривать условия об оказании дополнительных платных услуг либо дополнительной компенсации расходов банка.

– в пятых, суду необходимо учитывать действовали ли стороны по отношению друг к другу на началах равенства и автономии воли, имелась ли добросовестность действий сторон, разумность и справедливость условий договора, в частности их соответствие действительному экономическому смыслу заключаемого соглашения.

– в шестых, по смыслу норм п. 1 ст. 421 и п. 4 ст. 445 понудить к заключению договора по суду можно только то лицо, для которого заключение договора является обязательным в силу закона, либо обусловлено добровольно принятым на себя обязательством. Поэтому понуждение к заключению непоименованного договора возможно только в случае заключения предварительного соглашения и только в случае отсутствия указанных выше препятствий. В связи с этим проверка на соответствие воли и волеизъявления сторон так же является одной из последовательно выполняемых задач в суде.

– в седьмых, из содержания нормы п. 1 ст. 421 ГК РФ следует, что ограничение принципа свободы договора, равенства и автономии воли участника гражданских правоотношений возможно лишь в случаях, когда такое ограничение установлено самим ГК РФ или иным федеральным законом. Возможности ограничения гражданских прав и обязанностей каким-либо иным правовым актом гражданское законодательство не допускает.

– в восьмых, важным критерием для констатации действительности договора является соблюдение публичных интересов, рассматриваемых достаточно широко, вплоть до морали и нравственности,

– в девярых, судом должны быть применены общие правила об исполнении обязательств, содержащихся в оспариваемом соглашении, а так же общие правила действительности сделки.

¹ *Постановление* Второго арбитражного апелляционного суда от 20.04.2010 по делу N А17-7629/2009 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *ГК РФ*, ст. 421, ч. 2 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *О свободе договора и ее пределах*: постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. №16 // Вестник ВАС РФ. 2014, №5. С. 16.

⁴ *Постановление* Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.11.2010 по делу №А56-31100/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Ю.И. Вахитова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ ОБ АСПЕКТАХ СООТНОШЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ И ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Статья 1227 Гражданского кодекса РФ (далее по тексту – ГК РФ) закрепляет независимость интеллектуальных прав от права собственности. Бесспорное, на первый взгляд, положение становится

причиной смысловых противоречий: Конституция РФ, как и ГК РФ, содержит еще и термин «интеллектуальная собственность».

Представляется возможным выделить два основных подхода в юридической литературе на правомерность использования термина «интеллектуальная собственность» в ГК РФ. Одни исследователи наделяют данный термин «родовым» статусом, признавая условность его содержания. Иные представители научного сообщества активно и небезосновательно ставят под сомнение логичность ст. 1227 ГК РФ в связи с распространенной привязкой интеллектуальных прав к собственности. Например, проф. В.П. Мозолин обращает внимание на отсутствие единой концепции в четвертой части ГК РФ и противоречие некоторых ее общих положений ст. 44 Конституции РФ¹.

Для выяснения природы противоречий, возникающих в связи со ст. 1227 ГК РФ, представляется необходимым проанализировать не только содержание указанной статьи, но и предпосылки, послужившие основанием для ее введения.

Безусловно, существующая независимость между правом на материальные объекты и правом на объекты духовного творчества, заслуживает положительной оценки. Но при толковании ст. 1227 ГК РФ цивилисты приводят ставшие хрестоматийными примеры объектов, которые могут существовать, только будучи выраженными в материальных носителях (например, селекционные достижения). Означает ли это необходимость пересмотра содержания данной статьи?

Позиция законодателя по обозначенному вопросу очевидна. Единственным нововведением к ст. 1227 ГК РФ с 1 октября 2014 г. стало провозглашение независимости прав интеллектуальных от вещных в целом.

Выявить действительное соотношение обозначенных прав представляется возможным только с учетом исторических, философских и непосредственно правовых аспектов. Рассмотрим их тезисно.

1. Исторический аспект. Воззрения на природу авторства как первого проявления прав на творческие объекты изначально формировались в контексте отношений собственности. Систематизируя сложившийся в античности подход, А.Я. Конторович отмечает, что моральные права и имущественный интерес авторов были воплощены в идеальных категориях – славе, всенародном почете, бессмертии.

Статут Королевы Анны, с которого многие исследователи ведут отсчет становления авторского права в позитивном смысле, являлся еще и первым шагом к признанию внутренней связи между авторством и собственностью². Закрепление необходимости включать названия произведений в специальные реестры авторов³ также подтверждает изложенное. С развитием издательского дела речь идет об утверждении собственности на каждый экземпляр произведения, а книгопечатание становится предпосылкой признания за книгами не только художественной, но и экономической ценности.

Таким образом, объяснение природы интеллектуальных прав из системы отношений собственности демонстрирует, прежде всего, историческую преемственность.

2. Философский аспект. Кризис феодального строя, «революция в умах» и утверждение новых общественных отношений способствовали глубокому осмыслению, в том числе, и обоснования авторства в Новое время. Формируется подход, в соответствии с которым труд становится основой любой из видов собственности (в том числе, интеллектуальной).

Номинально границы между творческими и овеществленными объектами не существовало, потому что они в равной степени являлись результатом человеческого труда. Идеологом подобных рассуждений был Дж. Локк со своей знаменитой триадой прав: на жизнь, собственность и свободу.

Согласно воззрениям Локка, природа погружает предметы в состояние «общего владения», труд же присоединяет к ним нечто, исключаящее право других людей⁴.

Вектор, заданный Новым временем, в вопросах соотношения права собственности и интеллектуальных прав был логично продолжен в классической немецкой философии. Так, рассуждая о контрафакции, Кант приходит к выводу, что автор – неоспоримый собственник произведения, Гегель рассматривает природу произведений в контексте отчуждения собственности. Разграничение «телесной» и «умственной собственности у Фихте также закономерно приводит к стиранию границ между различными видами собственности⁵.

3. Правовой аспект. Развитие истории и философской мысли сформировали подход к интеллектуальным правам, в соответствии с которым идея стала признаваться безусловной собственностью автора. В дальнейшем соотношение собственности интеллектуальной и овеществленной начинает рассматриваться в рамках проприетарной концепции.

Так, В.И. Синайский, утверждал, что для любого юриста вещные права шире самого права на вещь, поскольку включают еще и власть – непосредственную и исключительную. Основные черты проприетарной концепции сводятся к следующему: 1. Право собственности на результат творчества

принадлежит автору, 2. Иные лица не вправе нарушать его права, 3. За использование произведения автор вправе получать материальное вознаграждение. Закономерный итог, к которому приходит данная концепция - «нет собственности более священной, чем авторская».

По справедливому замечанию А.А. Пиленко, сочетание двух видов прав сначала становится квазифилософией, а затем расширяется до бессмысленных пределов. Действительно, к недостаткам проприетарного подхода следует отнести: 1. Невозможность объяснить, почему право собственности признается за одними и одновременно не признается за другими объектами; 2. Неясность в определении момента возникновения интеллектуальных прав (точка отсчета с идеи или все же ее изложения на материальном носителе); 3. Противоречия в сроке действия права (в частности, почему творческие объекты не охраняются бессрочно).

С течением времени специфика объектов интеллектуального творчества стала настолько очевидной, что на смену проприетарной концепции в законодательных актах была закреплена независимость права собственности от интеллектуальных прав (ст. 1227 ГК РФ).

Выводы:

1. Исторически допускаемое отождествление интеллектуальных и вещных прав оказалось неспособным урегулировать специфические объекты нематериального характера.

2. Использование термина «интеллектуальная собственность» в Конституции РФ и ГК РФ является собирательным и условным.

3. Несмотря на выявленные противоречия, ст. 1227 носит системообразующий характер для общих положений четвертой части ГК РФ. При регулировании отдельных объектов представляется допустимым указывать на устойчивую связь материального носителя и интеллектуальных прав в тех случаях, где это необходимо.

¹ Мозолин В.П. О концепции интеллектуальных прав // Журнал российского права. 2007. №12.

² Войничанис Е.А. Право интеллектуальной собственности в цифровую эпоху: парадигма баланса и гибкости. М.: Юриспруденция, 2013

³ Литчик Д. Авторское право и смежные права / Пер. с франц. М.А. Федотова. ЮНЕСКО, 1997. С. 67.

⁴ Локк Дж. Два трактата о правлении. Сочинения: В 3 т. Т. 3. Москва, 1988. С. 137.

⁵ Табашиников Г. Литературная, музыкальная, художественная собственность. Т.1. СПб., 1878. С. 37–39.

Ю.В. Виниченко

Байкальский государственный университет экономики и права, г. Иркутск

О ВИДАХ ФАКТОРОВ, ВЛИЯЮЩИХ НА СИСТЕМУ ГРАЖДАНСКОГО ОБОРОТА

В последнее время в отечественной цивилистической доктрине и практике, а также в законопроектных документах все чаще используется выражение «потребности (гражданского) оборота»¹ – как правило, в контексте вопроса о совершенствовании тех или иных положений гражданского законодательства. Между тем не менее значимым представляется обратный вопрос – о факторах, оказывающих влияние на состояние, функционирование и развитие *самого гражданского оборота*.

Заметим, что подобная постановка вопроса мыслима лишь в случае определенного – а именно, системного – понимания гражданского оборота, то есть восприятия его не просто как некой совокупности (сделок или вообще юридических фактов; отношений либо правоотношений; случаев смены правообладателей и пр.), но как системы – сути, устойчивого *целостного единства*, характеризуемого наличием цели своего существования, исходя из которой определяются набор входящих в эту систему элементов, связь между ними, а также функции (способы действия) данной системы².

Однако с указанных позиций более верно говорить не столько о потребностях, сколько о *целях* гражданского оборота. При этом функционирование (деятельность системы на пути достижения цели) системы гражданского оборота, как и любой другой системы, осуществляется не произвольно, а детерминировано действием определенных начал (факторов).

Одни из отмеченных начал *онтологически* (исторически, бытийственно) определяют само формирование (возникновение) системы, ее становление, деятельность и развитие, в то время как другие выступают в качестве ее принципов – мировоззренческих, концептуальных (*гносеологических*) оснований³. К первой из выделенных групп применительно к системе гражданского оборота, по нашему мнению, следует относить, в частности: 1) *экономические начала*, из которых наиболее значимыми являются: а) необходимость обмена материальными и созданными нематериальными блага-

ми, принадлежащими субъектам или фактически присвоенными ими; б) материальный уровень общественного развития; 2) *географический фактор*, а также 3) *факторы, характеризующие субъектов-участников гражданского оборота* (выступающих необходимым элементом рассматриваемой системы): а) биолого-антропологический фактор (разумность как (природную) познавательную способность физических лиц, непосредственно участвующих в гражданском обороте); б) персональные качества субъектов (этические – справедливость и морально-нравственные – добросовестность). В числе гносеологических (мировоззренческих) начал функционирования системы гражданского оборота можно обозначить: 1) *политико-правовые начала* (или иначе – правовую политику государства, поскольку все решения последнего объективируются в нормах позитивного права); 2) *духовные начала общества* (его общие этические и морально-нравственные установки – *представления о* справедливости, добросовестности); 3) *целесообразность* (принцип разумности).

Представляется возможным и необходимым особо выделять также *экзогенные и эндогенные факторы (начала)*, способные влиять на систему гражданского оборота. Общая характеристика указанных начал этимологически очевидна⁴: действие экзогенных факторов заключается во *внешнем воздействии* на систему гражданского оборота, эндогенное влияние связано с *внутренним (само-) развитием* данной системы.

Полагаем, что эндогенными факторами являются онтологические начала системы гражданского оборота. В свою очередь, гносеологические начала функционирования рассматриваемой системы могут иметь как эндогенный, так и экзогенный характер. Это зависит от способа формирования принципов (идей), оказывающих воздействие на реализацию системой гражданского оборота выполняемых ею функций.

Некоторые из них могут постепенно естественным образом складываться (формироваться) в результате деятельности отдельных субъектов-участников гражданского оборота, их групп либо общества в целом. Такие гносеологические начала будут иметь эндогенный характер.

Источником гносеологических начал экзогенного характера всегда выступает государство, которое при этом не просто осуществляет нормативно-правовую фиксацию определенных воззрений (идей), *объективно сложившихся* в гражданском обороте его территориального господства и выявленных посредством соответствующих научных исследований, но выступает именно «автором» (либо транслятором – в случае рецепции положений иностранного права) их *содержания*. Как нечто внешнее по отношению к системе, экзогенные по своему происхождению нормы могут быть либо восприняты системой гражданского оборота (в этом случае можно говорить об адаптации системы к изменяющейся среде ее существования), либо не восприняты ею (как следствие отторжения системой «инородного» элемента – легально установленной «сверху» нормы права). В последнем случае состояние системы либо остается прежним, либо происходит его дестабилизация, которая, в свою очередь, может завершиться либо упадком (регрессом) системы, либо ее выходом на новый, более высокий уровень развития (прогресс). Точно спрогнозировать реакцию социальной по своей природе системы гражданского оборота на любое внешнее воздействие, по нашему убеждению, практически невозможно, в связи с чем следует признать, что с позиций (правовой) политики государства подобные – экзогенные – механизмы влияния на рассматриваемую систему должны быть оценены как недостаточно эффективные.

Итак, в числе факторов, влияющих на систему гражданского оборота, следует выделять онтологические и гносеологические начала, а также факторы эндогенного и экзогенного характера.

Безусловно, что та или иная градация не является самоцелью. Обращение к анализируемому вопросу продиктовано прагматической задачей выявления наиболее адекватных, эффективных и целесообразных методов воздействия на систему гражданского оборота, то есть таких, которые будут способствовать достижению (реализации) гражданским оборотом его основной цели, на наш взгляд, заключающейся в справедливом удовлетворении разумных потребностей субъектов-участников гражданского оборота. Представляется, что такое воздействие возможно лишь посредством внутренне закономерных эндогенных начал системы гражданского оборота. Именно на их выявление (а не на рассмотрение очередного вида объектов «в гражданском обороте») и должны быть направлены усилия научного сообщества; именно с их учетом и должна строиться правовая политика нашего государства в сфере регламентации имущественных и иных связанных с ними отношений.

⁴ См., например: *Каранетов А.Г.* Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник ВАС РФ. 2010. №4. С. 13; *Нагорный Е.А.* Толкование условий предварительного договора купли-продажи недвижимости (на примере одного гражданского дела). URL: <http://advokat-nagornyy.ru/tolkovanie-dogovora-kupli-prodazhi.html> (дата обращения: 15.08.2014); *Полуяхтов И.А.* Гражданский оборот имущественных прав: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 5; *Храмцов К.В.* Категория добросовестности и развитие гражданского

оборота // Право и политика: история и современность: материалы Междунар. науч. конф. (сент. 2005 г.). Омск, 2006. С. 40, 44; *Определение* Конституционного суда РФ от 8 апр. 2010 г. №456-О-О; *Определение* Высшего Арбитражного суда РФ от 2 дек. 2009 г. №ВАС-13944/09 по делу №А56-31225/2008; Пункт 2.4.1 подр. 2.4 разд. VI, п. 4.1.1. подр. 4 разд. II Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации: одобр. решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 окт. 2009 г. (Вестник ВАС РФ. 2009. №11); *Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»* [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² В противном случае, с позиций сложившихся в отечественной цивилистике представлений о гражданском обороте, выражение «потребности гражданского оборота» лишается какого-либо смысла и юридического значения или даже просто является некорректным: в чем, например, могут заключаться потребности (самих) *юридических фактов* либо потребности правоотношений как *юридической конструкции*, равно как и потребности *случаев смены* субъектов-носителей субъективных прав – не вполне ясно.

³ О смысловых компонентах категории «начала» и их интерпретации с позиций частного права см.: *Асланян Н.П.* Основные начала российского частного права. Иркутск, 2001. С. 33, 203.

⁴ «Экзогенный» (от «экзо...» [гр. *exō* – снаружи, вне]) – «внешнего происхождения, вызываемый внешними причинами»; «эндогенный» (от «эндо...» [гр. *endon* – внутри]) – «внутреннего происхождения, вызываемый внутренними причинами» (см.: *Современный словарь иностранных слов*. СПб., 1994. С. 701, 716–717).

Ю.В. Гаврилов

Балтийский федеральный университет им. И.Канта, г. Калининград

О СОДЕРЖАНИИ ПРИНЦИПА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Включение принципа добросовестности в систему основных начал гражданского права является объективной закономерностью и отражением развития российского права. Одновременно это и тенденция к развитию общества, формированию высокого уровня правосознания российских граждан. Все нормы, институты, отрасли и система гражданского права должны быть прямо или косвенно связаны с принципом добросовестности. Законодателю при подготовке норм следует учитывать как объективные закономерности сложившихся отношений, так и пути развития гражданско-правовых отношений в сторону добросовестного осуществления и защиты гражданских прав. Добросовестность является сложным философским понятием. На сегодняшний день его трудно определить в законодательстве, поскольку как нравственность, так и наука гражданского права находятся в постоянной динамике, представления о добре и зле в обществе постоянно меняются.

Понятие **добрая совесть** возникло еще в I в. до нашей эры в Древнем Риме. Юрист Квинт Муций Сцевола предписывал судить по совести (*ex fide bona*) и определять по этому понятию отношения по опеке, по договору товарищества, по фидуциарным сделкам, по договорам поручения, купли-продажи и найма¹.

Впервые нормы о добросовестности введены в законодательство в Германии (1896) и Швейцарии (1907). Так, Германское Гражданское Уложение в параграфе 226 содержит норму о недопустимости осуществления права исключительно с целью причинения вреда другому – «шикана»; в параграфе 826 сказано, что тот, кто своими действиями, «грешащими против добрых нравов», умышленно причиняет вред другому лицу, обязан возместить причиненный вред последнему. Статья 281 Гражданского кодекса Греции запрещает осуществление права в случае явного превышения пределов, установленных доброй совестью или добрыми нравами или социальной и экономической целью права².

В.Н. Бабаев считал, что добропорядочность является не правовым, а этическим по своему характеру и происхождению понятием. Использование же этических понятий в праве, в правовом регулировании является одним из частных случаев взаимодействия морали и права³. В. Вороной также предполагает, что добрая совесть имеет устойчивую взаимосвязь с категориями нравственности и морали⁴.

М. Бартошек определил понятие «*bona fides*» как собственную честность и доверие к чужой честности, верность данному слову, нравственную обязанность всех людей выполнять свои обязательства, в чем бы они не выразились⁵.

Таким образом, добросовестность основывается на понятиях о добре и зле. При этом, понятие «добро» и «зло» постоянно изменяются в обществе, от чего меняется система нравственных ценностей, представлений о морали и соответственно о добросовестности.

Л.И. Петражицкий считал, что «недобросовестность заключается в корыстном и злом поведении»⁶. Л.Р. Дербург указывал, что «добросовестность – это честное убеждение в приобретении владения без обмана, без ущемления прав другого лица»⁷.

И.Б. Новицкий понимал значение доброй совести в двух значениях: «В объективном смысле добрая совесть это внешнее мерило, подсобная норма закона и суда, определяющая добрую совесть как – знание о другом, об его интересах; элемент доверия, уверенность, что нравственные основы оборота принимаются во внимание, что от них исходит каждый в своем поведении. В субъективном подходе к понятию доброй совести она определяется как не честным образом мыслей, а знанием или незнанием фактов, в основе здесь заблуждение, или ошибочная уверенность»⁸.

В качестве заключения и вывода представляется, что добросовестность является сложной системой философских и юридических представлений, постулаты которой ученым еще долгие века придется вырабатывать. На сегодняшний день введены основные положения о добросовестности в Гражданский кодекс Российской Федерации, однако, на мой взгляд, разработку и внедрение данного принципа в повседневную деятельность общества еще предстоит совершенствовать, а именно необходимо дать четкое определение категории добросовестность, уточнить рамки полномочий судебных органов при использовании данного института и сформировать принцип «добросовестности» в правовом сознании российского общества.

Представляется, что включение определения «добросовестность» в основные начала гражданского законодательства позволит устранить все неясности в применении принципа добросовестности. В частности, потребуются собрать в определении не только презумпцию добросовестности, но и такие категории, как незлоупотребление правом, действиями в своем интересе с целью не нанести заведомо вред иным лицам и воспрепятствовать иным лицам осуществлять свои гражданские права и обязанности.

¹ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М.: Статут, 2003. С. 234

² Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс-Книга, 2002. С. 9.

³ Бабаев В.Н. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 87.

⁴ Вороной В. Добросовестность как гражданско-правовая категория // Законодательство. 2002. №6. С. 81.

⁵ Бартошек М. Римское право: Понятие, термины, определения. М., 1989. С. 131.

⁶ Савсервис С.В. Категория «недобросовестность» в налоговом праве. М., 2007. С. 22.

⁷ Савсервис С.В. Там же. С. 25.

⁸ Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. №1. С. 125.

М.Н. Годовалова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕЗЮМИРОВАНИЕ ВИНЫ И ЮРИДИЧЕСКАЯ КОНСТРУКЦИЯ СМЕШАННОЙ ВИНЫ

В публичных отраслях смешанная вина правонарушителя – это сочетание обеих форм вины: умысел по отношению к противоправному поведению, и неосторожность по отношению к его вредным последствиям. А в гражданском праве смешанная вина обеих сторон правоотношения – это вина и кредитора, и должника.

В судебной практике сложился подход, согласно которому при смешанной вине презюмируется только вина должника, а вина кредитора должна быть доказана должником: «Статья 404 Гражданского кодекса Российской Федерации регулирует случай нарушения обязательства, при котором имеется смешанная вина, то есть вина как кредитора, так и должника. Однако в силу презумпции вины должника при нарушении обязательства на него возложено бремя доказывания наличия вины кредитора. Между тем в материалах дела отсутствуют доказательства наличия вины истца»¹.

Приведем пример смешанной вины из судебной практики.

Общество обратилось в арбитражный суд с иском к агрофирме о взыскании убытков в связи с гибелью урожая из-за затопления полей. Решением первой инстанции в иске было отказано, поскольку в действиях агрофирмы отсутствует вина.

Постановлением суда апелляционной инстанции решение суда отменено, с агрофирмы в пользу общества частично взысканы убытки. Судебный акт мотивирован тем, что агрофирма является водопользователем на оказание услуг по обеспечению водного режима рисовой системы для производства продукции растениеводства и обязана содержать в исправном состоянии гидротехнические и иные сооружения. Установлено, что затопление водой земельного участка и гибель урожая произошли в связи с разрушением перемычки в оросителе агрофирмы, и это не оспаривалось ответчиком. Вместе с тем было установлено, что блокирование обществом выпускных водоподающих оголовков также явилось причиной вымокания озимой пшеницы, принадлежащей обществу. Поэтому суд пришел к выводу о наличии вины обеих сторон, и поскольку определить степень вины невозможно, по правилам п. 2 ст. 1081 Гражданского кодекса Российской Федерации уменьшил размер ответственности ответчика перед истцом.

Суд кассационной инстанции поддержал эти выводы: «Пунктом 1 статьи 404 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено, что если неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства произошло по вине обеих сторон, суд соответственно уменьшает размер ответственности должника. Суд также вправе уменьшить размер ответственности должника, если кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению размера убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, либо не принял разумных мер к их уменьшению.

Согласно пункту 2 ст. 1081 Гражданского кодекса Российской Федерации причинитель вреда, возместивший совместно причиненный вред, вправе требовать с каждого из других причинителей вреда долю выплаченного потерпевшему возмещения в размере, соответствующем степени вины этого причинителя вреда. При невозможности определить степень вины доли признаются равными.

Первоначальной причиной вреда, причиненного посевам пшеницы, являются действия агрофирмы как водопользователя в результате разрушения перемычки в оросителе, а также самовольном демонтаже гидротехнических сооружений, вместе с тем на размер причиненного ущерба повлияли и действия общества, которое не произвело работы по блокировке впускных водоподающих оголовков, в результате чего определить степень вины сторон в причинении убытков от затопления посевных площадей не представляется возможным.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции правомерно определил размер причиненного ущерба с учетом правил пункта 2 ст. 1081 Гражданского кодекса Российской Федерации и возложил ответственность за гибель урожая поровну на обе стороны².

Мы поддерживаем такой подход к презумированию вины при смешанной вине: в отношении должника должна действовать презумпция вины, а в отношении кредитора – презумпция невиновности. Однако, на наш взгляд, он должен быть закреплен и в ГК путем указания на то, что вину кредитора (потерпевшего) должен доказывать должник (причинитель вреда).

На основании изложенного важно отметить следующее.

С учетом юридической конструкции презумирования вины, если в поведении лица, привлекаемого к гражданско-правовой ответственности, отсутствуют признаки противоправности, либо не установлен факт причинения вредных последствий, либо если между его поведением и наступившим вредом отсутствует причинно-следственная связь, в частности, в связи с тем, что вред наступил вследствие непреодолимой силы, действий третьих лиц, действий кредитора, иных обстоятельств, за которые он не отвечает, то не требуется предоставлять ему возможность опровергать еще и свою вину.

Возможность опровержения вины правонарушителя заключается в доказательстве своей невиновности в совершении гражданского правонарушения, т.е. в доказательстве того, что он при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, принял все меры для надлежащего исполнения обязательства.

При смешанной вине в отношении должника должна применяться юридическая конструкция презумирования вины и предоставляться возможность должнику опровергать свою вину, а в отношении кредитора – юридическая конструкция презумирования невиновности и предоставляться возможность должнику опровергать невиновность кредитора, что требует нормативного закрепления в ст. 404 и ст. 1081 ГК РФ³.

¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 30 мая 2006 г. по делу №А55-22678/05-2 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 17 апр. 2008 г. №Ф08-1956/2008 по делу №А32-10033/2007-50/243 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Кузнецова О.А. Применение мер гражданско-правовой ответственности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2012. №4(18). С. 97–103.

Ю.А. Голубцова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ВИНЕ КОНТРАГЕНТА ЗАБЛУЖДАВШЕЙСЯ СТОРОНЫ СДЕЛКИ

Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения, если заблуждение было настолько существенным, что эта сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию, не совершила бы сделку, если бы знала о действительном положении дел (п. 1 ст. 178 ГК РФ).

Это основание недействительности сделок считается одним из сложно доказываемых и давно известно цивилистической науке и практике.

Категория вины при регулировании сделки, совершенной под влиянием заблуждения, используется применительно только к контрагенту заблуждавшейся стороны.

До 1 сентября 2013 г. действовала следующая редакция абзаца 2 п. 2 ст. 178 ГК РФ: «сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненного ей реального ущерба, если докажет, что заблуждение возникло *по вине* другой стороны».

Несмотря на то, что указанная редакция не действует, она подлежит применению к сделкам, совершенным до 1 сентября 2013 г.¹ С учетом сохранения ее применения, как минимум, течение срока давности по таким сделкам, а также по причине необходимости сравнения с новой редакцией соответствующей нормы, анализ абз. 2 п. 2 ст. 178 (в редакции до 01.09.2013) представляется актуальным.

В силу абз. 2 п. 2 ст. 178 ГК РФ (в редакции до 01.09.2013) сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненного ей реального ущерба, если докажет, что заблуждение возникло *по вине* другой стороны. С учетом того, что стороной, по иску которой сделка может быть признана недействительной по этому основанию, является сторона, действовавшая под влиянием заблуждения (п. 1 ст. 178 ГК РФ), подчеркнем, что в норме идет речь о вине именно контрагента заблуждавшейся стороны сделки.

Причем указанная редакция статьи является редким примером исключения из презумпции вины, поскольку обязанность доказать вину лежит на заблуждавшейся стороне (истце), следовательно, в отношении ее контрагента (правонарушителя) действует презумпция невиновности. Данная позиция нашла широкую поддержку в науке².

В связи с этим в литературе правильно обращается внимание на то, что «в сделках, совершенных под влиянием заблуждения, риск возмещения контрагенту убытков в форме реального ущерба лежит на заблуждавшейся стороне. Однако если эта сторона докажет, что заблуждение возникло по вине другой стороны, такой риск будет переложено на последнюю»³.

При этом если заблуждавшаяся сторона не сможет доказать вину своего контрагента в возникновении заблуждения, то уже она должна нести ответственность перед другой стороной за причиненный ей реальный ущерб, даже если заблуждение возникло по обстоятельствам, не зависящим от заблуждавшейся стороны, т.е. отвечает независимо от своей вины (п. 2 ст. 178 ГК РФ в ред. до 01.09.2013).

В научной доктрине⁴ было высказано мнение о необходимости возложить на заблуждающуюся сторону ответственность в виде полного возмещения другой стороне убытков в случаях, когда заблуждение явилось следствием ее «грубой небрежности», т.е. ввести элементы «вины потерпевшего» в эту конструкцию недействительности сделки. По мнению А.Ю. Зезекало «соответствующее нововведение способствовало бы защите интересов контрагента ошибающегося лица, повышению доверия к волеизъявлениям и, как следствие, более соответствовало бы интересам устойчивости оборота. Необходимость для заблуждавшегося лица в подобных ситуациях полностью возместить убытки другой стороне удерживала бы его в ряде случаев от оспаривания сделки»⁵.

Указанная научная позиция не была воспринята законодателем, в новой редакции ст. 178 ГК сохранена ответственность заблуждавшейся стороны перед контрагентом только за реальный ущерб. Основанием исключения такой ответственности заблуждавшейся стороны является только случай, когда «другая сторона знала или должна была знать о наличии заблуждения, в том числе если заблуждение возникло вследствие зависящих от нее обстоятельств».

При этом ВАС РФ, делая обзор практики применения ст. 178 ГК РФ уже после вступления в силу новой редакции, обратил внимание на то, что именно заблуждавшаяся сторона должна доказать, что другая сторона сделки знала или должна была знать о наличии заблуждения⁶. Несмотря на то что в статье не определено такое распределение бремени доказывания, его следует признать правильным с учетом действия общеправовой презумпции добросовестности, согласно которой, в частности, предполагается, что участвующие в гражданских отношениях лица не знают и не должны знать об обстоятельствах, способных привести к недействительности сделки.

Таким образом, при применении ст. 178 (в ред. до 01.09.2013) необходимо учитывать только вину контрагента заблуждавшейся стороны, которой нужно доказать факт заблуждения, возникновение и размер реального ущерба, причинно-следственную связь между заблуждением и ущербом и вину ответчика.

¹ *О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 07.05.2013 г. №100-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 13.05.2013. №19, ст. 2327.*

² *Фокина М.А. Юридические предположения в гражданском и арбитражном процессах // Современное право. 2009. №6; Ершов О.Г. О недействительности договора участия в долевом строительстве // Жилищное право. 2008. №12; Савенкова О.В. Возмещение убытков в современном гражданском праве. М.: Статут, 2006.*

³ *Добрачев Д.В. Развитие института возмещения убытков в свете модернизации российского гражданского законодательства: научно-практическое пособие М.: Юстицинформ, 2012.*

⁴ *Зезекало А.Ю. Сделки, совершенные под влиянием заблуждения, в проекте Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник гражданского права. 2009. №3. С. 207–220.*

⁵ *Зезекало А.Ю. Заблуждение при совершении сделки: европейская правовая традиция и современное российское право: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2008. С. 25.*

⁶ *Обзор практики применения арбитражными судами статей 178 и 179 Гражданского кодекса Российской Федерации (п. 1): информационное письмо Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. №162 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

Е.В. Ельникова

Российская академия правосудия, г. Москва

НОВЕЛЛЫ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ УСТАНОВЛЕНИИ СЕРВИТУТА

В системе ограниченных вещных прав, закрепленных в российском законодательстве, сервитут является единственным известным со времен римского права классическим правовым титулом, доказавшим свою востребованность в правоприменении на протяжении многих веков. Установление сервитута в целях предоставления возможности ограниченного пользования недвижимой вещью урегулировано нормами как гражданского, так и земельного законодательства РФ, поскольку, в отличие от иных ограниченных вещных прав, рассматриваемый правовой титул универсален, так как является применимым к различным объектам недвижимости, в том числе и земельным участкам.

Новый этап развития законодательства о сервитуте связан с принятием Федерального закона от 23.06.2014 №171-ФЗ¹, дополнившего Земельным кодексом РФ главой V.3. «Установление сервитута в отношении земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности». Таким образом, основные изменения в правовом регулировании сервитута связаны с обеспечением повышения эффективности использования публичных земель. Пристальное внимание законодателя к урегулированию названной сферы действия сервитута обусловлено, очевидно, еще и тем, что в действительности процедура установления сервитута возникала, как правило, в отношениях частных собственников. Публично-правовые образования в большинстве случаев оставались без надлежащей компенсации ограничения права собственности на принадлежащие им земельные участки.

Сложившаяся ситуация в немалой степени стала следствием отсутствия четкого законодательного регулирования особенностей установления сервитута в отношении публичных земель, необхо-

димось закрепления которых обусловлена спецификой их использования, в частности, несовпадением в одном лице собственника и пользователя ввиду того, что значительная часть государственных и муниципальных земель передана на праве пожизненного наследуемого владения гражданам и на праве постоянного (бессрочного) пользования казенным предприятиям, государственным и муниципальным учреждениям. Такое положение приводило к ситуации, когда собственник публичных земель зачастую не имел глубокой заинтересованности в надлежащем правовом оформлении ограничения права собственности, а непосредственные пользователи, по сути, были лишены такой возможности в условиях действия нормы п. 3 ст. 274 ГК РФ, допускающей возможность установления сервитута по требованию нуждающегося в этом лица только с *собственником* (выделено мною – Е.Е.) соседнего земельного участка. При этом требовать установления сервитута вправе не только собственники, но и лица, которым земельный участок предоставлен на праве пожизненного наследуемого владения или праве постоянного (бессрочного) пользования, а также иные лица в случаях, предусмотренных федеральными законами (п. 4 ст. 274 ГК РФ).

Новая статья 39.24 ЗК РФ, вступающая в действие с 1 марта 2015 г., значительно расширяет круг лиц, имеющих право заключать соглашение о сервитуте в отношении находящегося в публичной собственности земельного участка, обременяемого сервитутом. При этом для сервитуария немаловажное значение имеет четкое определение другой стороны соглашения о сервитуте, а также лица, имеющего полномочия на его заключение. До вступления в действие вышеназванной статьи во всех случаях соглашение об установлении сервитута заключалось с уполномоченными органами государственной или муниципальной власти, действующими от имени Российской Федерации, субъектов РФ или муниципальных образований. С 1 марта 2015 г. участие уполномоченных органов в заключении рассматриваемых соглашений будет ограничено случаями, когда земельные участки, в отношении которых устанавливается сервитут, не переданы во владение и пользование другим субъектам, либо переданы им в аренду либо безвозмездное срочное пользование на срок до одного года. Порядок заключения соглашения об установлении сервитута в отношении земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, непосредственно для обозначенных выше случаев, когда такое соглашение заключается с уполномоченным органом, определен в ст. 39.26 ЗК РФ.

Если же находящийся в государственной или муниципальной собственности земельный участок предоставлен в постоянное (бессрочное) пользование, пожизненное наследуемое владение либо в аренду или безвозмездное пользование на срок более чем один год, соглашение об установлении сервитута заключают землепользователь, землевладелец, арендатор земельного участка. При этом законом установлены случаи, когда при заключении соглашения о сервитуте лицами-несобственниками является необходимым согласие третьего лица. Так, согласие уполномоченного лица требуется лишь в случае, если это предусмотрено договором аренды либо договором безвозмездного пользования (п. 1 ст. 39.24 ЗК РФ). В то же время в определенных случаях закон устанавливает необходимость получения согласия иных лиц, отличных от уполномоченных. Так, согласно п. 2 этой же статьи если находящийся в государственной или муниципальной собственности земельный участок предоставлен в постоянное (бессрочное) пользование или в аренду государственному или муниципальному унитарному предприятию, государственному или муниципальному учреждению, соглашение об установлении сервитута заключается при наличии согласия в письменной форме федерального органа исполнительной власти, органа исполнительной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, в ведении которых находятся эти предприятие, учреждение, организация. Следует обратить внимание на некоторую неточность в формулировке этой нормы. При определении случаев заключения соглашения о сервитуте с согласия органа власти использован субъектный критерий, предусматривающий, что стороной такого соглашения должно выступать государственное или муниципальное унитарное предприятие, государственное или муниципальное учреждение вне зависимости от природы правового титула, лежащего в основе владения и пользования им земельным участком, соответственно, в этом случае необходимо письменное согласие органа, в ведении которого находится это предприятие или учреждение, но не *организация*, как это закреплено в тексте п. 2 ст. 39.24 ЗК РФ.

Поскольку специальных норм, регулирующих порядок получения согласия на заключение соглашения об установлении сервитута, земельное законодательство не содержит (действие ст. 29.36 ЗК РФ на эти случаи не распространяется), следует руководствоваться нормами ст. 157.1 ГК РФ, содержащей общие правила в отношении получения согласия или отказа в нем на совершение сделки. Представляется, что действие названной статьи распространяется в том числе и на случаи, когда уполномоченный орган не участвует непосредственно в заключении соглашения об установлении сервитута, но согласие его на заключение такого соглашения требуется.

Как следует из содержания названной статьи, допускается как предварительное, так и последующее согласие (одобрение). Законом не определен предельный срок для предоставления согласия на совершение сделки либо отказа в нем, о своем решении третье лицо или соответствующий орган сообщает лицу, запросившему согласие, либо иному заинтересованному лицу в разумный срок после получения обращения лица, запросившего согласие (п. 2 ст. 157.1 ГК РФ).

Представляется, что применительно к рассматриваемой ситуации общие нормы гражданского законодательства о получении согласия на совершение сделки должны получить конкретизацию в земельном законодательстве для обеспечения дифференциации правового регулирования. Поскольку во всех случаях, когда при заключении соглашения об установлении сервитута находящегося в публичной собственности земельного участка требуется получение согласия, в качестве предоставляющего такое согласие субъекта выступает государственный орган либо орган местного самоуправления, целесообразно установить предельный срок для предоставления согласия на совершение сделки либо отказа в нем, при этом указанный срок, как минимум, не должен превышать по длительности 30-дневный срок, установленный п. 3 ст. 39.26 ЗК РФ для случаев, когда соглашение об установлении сервитута заключается с уполномоченным органом. Целесообразно было бы указывать в предварительном согласии не только предмет сделки, как это определено общими нормами гражданского законодательства, но также цели предоставления сервитута и срок его действия, чтобы ограничить для сторон возможность изменения соглашения об установлении сервитута без учета воли субъекта, получение согласия которого на заключение такого соглашения предусмотрено законодательством.

¹ О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: Федеральный закон от 23.06.2014 №171-ФЗ // Российская газета. №142. 2014. 27 июня.

Н.С. Еманова

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск

ДЕФИНИЦИЯ ПОНЯТИЯ ЭЛЕКТРОННОГО ДОКУМЕНТА В РОССИИ

Введение электронного документооборота является относительно новой сферой общественных отношений в России. Рассмотрим вопрос о сложностях, связанных с интерпретацией потребителями понятия электронного документа.

Что же представляет собой электронный документ? И какие нормативные правовые акты регулируют его применение?

На момент зарождения безбумажного документооборота использовался термин «машиночитаемый документ»¹, под которым понимался «документ, пригодный для автоматического считывания содержащейся в нем информации»². С появлением более совершенных технологий и программного обеспечения в оборот вводится термин электронный документ. Однако, и на сегодняшний день некоторые авторы предлагают законодательно закрепить именно термин «машинный документ», например, А.В.Ткачев³ и Э.М. Мурадян⁴.

Первое официальное определение электронного документа в России было изложено в 2001 г. в ГОСТ 7.83–2001⁵, в соответствии с которым под электронным документом понимался документ на машиночитаемом носителе, для использования которого необходимы средства вычислительной техники.

Далее законодатель дает еще ряд определений электронного документа в различных нормативно-правовых актах. Анализируя последние, наблюдается разрозненность и отсутствие единой терминологической базы.

Так, под электронным документом понималось, например:

«– Информационный объект, состоящий из двух частей:

- 1) реквизитной, содержащей идентифицирующие атрибуты (имя, время и место создания, данные об авторе и т.д.) и электронную цифровую подпись;
- 2) содержательной, включающей текстовую, числовую и/или графическую информацию, которая обрабатывается в качестве единого целого»⁶;

– «форма представления документа в виде множества взаимосвязанных реализаций в электронной среде и соответствующих им взаимосвязанных реализаций в цифровой среде»⁷;

Следует отметить, что определение электронного документа содержится в отклоненных Государственной думой Федерального собрания РФ проектах Федерального закона «Об электронном до-

кументе»⁸. В соответствии с проектом, внесенным на рассмотрение в 2000 г., «электронный документ – форма подготовки, отправления, получения или хранения информации с помощью электронных технических средств, зафиксированная на магнитном диске, магнитной ленте, лазерном диске и ином электронном материальном носителе». В последующем проекте от 2005 г., определение осталось неизменным. В научной литературе также отсутствует единый подход к определению электронного документа. По мнению И.Ф. Юшина и В.И. Тихонова, электронный документ – это «запись информации на материальном носителе, 1) совершенная с помощью любой известной или могущей возникнуть в будущем технологии и в форме, обусловленной правилами оформления и в соответствии с ними; 2) предназначенная для передачи этой информации во времени и пространстве; 3) утверждающая, сопутствующая, подтверждающая или отражающая какой-либо факт или событие; 4) содержащая атрибуты своей аутентичности (подлинности)»⁹.

А.И. Земсков рассматривал электронный документ, как «законченный по содержанию массив информации, зафиксированный машиночитаемым образом на машиночитаемом носителе»¹⁰, а Т.В. Майстрович под электронным документом понимал «ограниченный и заверченный на конечный момент времени массив информации, зафиксированный на физическом носителе(ях) в виде файла (набора файлов) с единичными техническими и общими содержательными характеристиками»¹¹.

На сегодняшний день последние интерпретации электронного документа закреплены в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹², согласно которому электронный документ – это документированная информация, представленная в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах (п. 11 ст. 2) и в «ГОСТ Р 7.0.8 – 2013»¹³, где электронный документ – документ, информация которого представлена в электронной форме.

Итак, в настоящее время в России нет единой интерпретации электронного документа ни в нормативных правовых актах, ни в научной литературе. Большинство определений в отражают лишь техническую составляющую электронного документа, а именно лишь возможность его использования с помощью электронных технологий, но не его сущность.

На наш взгляд, последние определения электронного документа имеют ряд недостатков. Целесообразно указать в определении электронного документа в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» его неотъемлемый компонент – электронную подпись, являющуюся подтверждением достоверности и правомерности передаваемого документа. В ГОСТ Р 7.0.8 – 2013 необходимо дать расширенную трактовку электронной формы в целях избегания коллизий, так как в действующем законодательстве отсутствует официально закрепленное и данное понятие.

¹ Палли Х.Э. ЭВМ и новые возможности хранения исторической информации // Источниковедение отечественной истории: сб. статей. М.: Наука, 1977. С. 188–194.

² ГОСТ 6.10.1 – 88. Унифицированные системы документации. Основные положения. М.: Изд-во стандартов, 1988.

³ Ткачев А.В. Правовой статус компьютерных документов: основные характеристики. М.: Городец-издат, 2000. С. 4.

⁴ Мурадыян Э.М. Машинный документ как доказательство в гражданском процессе // Советская юстиция. 1975. N 22. С. 12 – 13.

⁵ ГОСТ 7.83 – 2001. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Электронные издания. Основные виды и выходные сведения от 15.01.2002 №14-ст // Библиотека и закон. 2006. №21.

⁶ Р 50.1.031 – 2001. Рекомендации по стандартизации. Информационные технологии поддержки жизненного цикла продукции. Терминологический словарь. Часть 1. Стадии жизненного цикла продукции от 02.07.2001 №256-ст. М.: Стандартиформ, 2006.

⁷ ГОСТ Р 52292 – 2004. Информационная технология. Электронный обмен информацией. Термины и определения» от 29.12.2004 №135-ст // М.: ИПК Изд-во стандартов, 2005.

⁸ Проект Федерального закона «Об электронном документе» №39828–3 (внесен депутатом Государственной Думы ФС РФ В.Я. Комиссаровым) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁹ Тихонов В.И., Юшин И.Ф. Электронные архивы и электронный документооборот // Отечественные архивы. 1999. №2. С. 17–26.

¹⁰ Земсков А.И. Электронные публикации: программа спецкурса. М., 2002. 40 с.

¹¹ Национальная электронная библиотека: проект концепции // Рос. гос. б-ка; под ред. Т.В. Майстрович. СПб., 2003. 28 с.

¹² *Об информации, информационных технологиях и о защите информации*: федеральный закон от 27.07.2006 №149 // Собр. законодательства РФ. 2006. №31. Ст. 3448.

¹³ *ГОСТ Р 7.0.8 – 2013*. Национальный стандарт Российской Федерации. Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения от 17.10.2013 №1185-ст [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А.А. Еремин

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

СООТНОШЕНИЕ ПОНЯТИЙ «ФРАНЧАЙЗИНГ» И «КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ» В РОССИЙСКОМ И МЕЖДУНАРОДНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Коммерческая концессия, как вид договора и правовое явление является относительно новым для российской действительности. С каждым годом оно получает все более широкое распространение и все чаще используется российскими предпринимателями. Вопрос о терминологии, используемой законодателем, например «договор коммерческой концессии», закрепленной в 1996 году в главе 54 Гражданского Кодекса РФ (далее – ГК РФ)¹ и терминологии, активно закрепившейся в предпринимательской деятельности, такой как «франшиза», «франчайзинг» представляется базовым и актуальным для любых исследований касающихся договора коммерческой концессии. Различие в толковании терминов при осуществлении предпринимательского оборота, особенно это касается международных отношений, может повлечь негативные последствия в форме судебных разбирательств, потери статуса организации, экономических и других потерь.

Данному вопросу уделяют немалое внимание отечественные правоведы. М.И.Брагинский, В.В. Витрянский, Е.А. Суханов, А.П. Сергеев, Л.Н. Сенников, Е.В. Гелашвили в своих научных трудах дают комментарии и разъясняют многие спорные моменты касающиеся этой проблемы.

Этимологически, слово «франчайзинг», происходит от английского «franchising» – право, привилегия, а «франшиза» – от французского «franchise» – льгота, привилегия. По своей сути, эти два термина равнозначны, и различия между ними обусловлены особенностями транскрипции терминов при переводе на русский язык англоязычной или франкоязычной литературы². Эти два слова считаются синонимами, хотя по сложившейся практике делового оборота слово «франчайзинг» используется чаще для обозначения системы рыночных отношений концессионного вида, а «франшиза» – для определения договорных отношений между контрагентами при реализации этой системы на практике³.

Сам же термин концессия заимствован из латинского языка, «concessio» – разрешение, уступка⁴.

Несмотря на то, что глава 54 ГК РФ имеет название «Коммерческая концессия» легального определения данному понятию нет. Однако законодатель дает легальное определение договору коммерческой концессии. В соответствии со ст. 1027 ГК РФ это договор, по которому одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). На основании этого определения некоторые ученые, например С.А. Бобков⁵, пытаются дать определение коммерческой концессии, заменяя слова «договор по которому» на «способ осуществления предпринимательской деятельности по которому».

Что касается определения слова «франчайзинг», то тут мы можем обратиться к международной организации франчайзинга (International Franchise Association). Франчайзинг – это контрактные отношения между франчайзером и предприятием-оператором, в ходе которых франчайзер имеет право или обязуется поддерживать такие области функционирования предприятия, как ноу-хау и обучение; при этом оператор осуществляет свою деятельность, используя общую торговую марку и технологию, владельцем которых является франчайзер, он же и контролирует их, и при этом оператор инвестирует большую по сравнению с франчайзером долю предприятия за счет собственных средств⁶.

Российская ассоциация франчайзинга предоставляет нам другое определение, по их мнению, франчайзинг – это система бизнеса, состоящая из компании франчайзора, которая разработала,

успешно применила и продает элементы своего собственного тиражируемого бизнеса, и компаний или индивидуальных предпринимателей (франчайзи), которые купили у франчайзора право пользования его товарным знаком и методами ведения бизнеса⁷.

Анализируя данные определения можно сделать вывод, о том, что и коммерческой концессии и франчайзингу присущи ряд признаков, на основе которых можно сформулировать общее определение.

В обоих случаях коммерческая концессия или франчайзинг – это предпринимательская деятельность, которая основана на определенных взаимовыгодных условиях, заключающихся в предоставлении одной из сторон этих отношений, зачастую организацией с определенным рыночным положением, статусом, репутацией, то есть более крупной компанией, другой стороне, как правило, более мелкой организации или индивидуальному предпринимателю, за установленную плату, своих средств индивидуализации, технологии ведения бизнеса, любой другой информации необходимой для успешного функционирования.

Нужно отметить, что сторона, передающая свои права, обязуется оказывать необходимое содействие в организации бизнес процессов, обучении персонала, консультировать принимающую сторону по целому ряду важных для бизнеса вопросов (маркетинг, рекламная деятельность и т.д.). Об этом не говорится в ст. 1027 ГК РФ, однако прямо указано в ст. 1031 ГК РФ. В соответствии с которой, правообладатель обязан проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением прав переданных по договору, а так же, если иное не предусмотрено договором, обязан оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников.

Таким образом, сравнение смыслового значения слов «коммерческая концессия» и «франчайзинг», свидетельствует об их тождественности, исходя из тех прав и обязанностей, которые приобретают обе стороны данных правоотношений.

Однако нужно понять, на каких основаниях многие правоведы считают, что договор коммерческой концессии отличается от договора франчайзинга. Например, П.Е. Забелин говорит нам о том, что договор коммерческой концессии, имеющий место в ГК РФ, аналогию с которым в ряде случаев проводят многие исследователи, франчайзингом не является, хотя несет в себе некие его элементы. И что коммерческая концессия выступает аналогом одной из разновидностей франчайзинга⁸. Так же, правоведы утверждают, что в юридическом смысле, договор франчайзинга и договор коммерческой концессии – два совершенно разных договора, хотя в экономическом отношении они имеют общую цель⁹. В пользу данной позиции высказывались так же Е.Н. Васильева и Н.К. Змиренкова¹⁰. Е.В. Гелашвили говорит нам о том, что договор франчайзинга отличается от договора коммерческой концессии гораздо более широким комплексом передаваемых по договору прав¹¹.

Мы приходим к выводу, о том, что договор франчайзинга передает гораздо больший объем прав, нежели договор коммерческой концессии. То есть любая коммерческая концессия является франчайзингом, однако обратного говорить нельзя, так как франчайзинг предусматривает передачу целого комплекса исключительных прав. Следовательно, в международной практике нельзя употреблять понятия коммерческая концессия и франчайзинг как синонимы, то же самое касается и договоров коммерческой концессии и франчайзинга.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 №14-ФЗ (в ред. от 21.07.2014 №224-ФЗ) // Российская газета. 1996. 6 февраля; 2014. 24 июля.

² Забелин П.Е. Соотношение договора коммерческой концессии с договором франчайзинга // Юристы-Правоведы. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. 2011. №4. С. 102.

³ Кокорин С.А. Договор коммерческой концессии в свете части четвертой Гражданского кодекса РФ // Российский юридический журнал. 2006. №6. С. 111.

⁴ Сухарев А.Я. [и др.]. Большой юридический словарь. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 316.

⁵ Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 25.

⁶ О франчайзинге [Электронный ресурс] // Международная Ассоциация Франчайзинга. URL: <http://www.franchise.org/aboutfranchising.aspx> (дата обращения: 11.05.2014).

⁷ Проекты документов [Электронный ресурс] / Российская Ассоциация Франчайзинга. URL: <http://ru.rusfranch.ru/franchising/> (дата обращения: 11.05.2014).

⁸ Забелин П.Е. Указ. соч. С. 103.

⁹ Васильева Е.Н. Организационно-правовой механизм регистрации договора коммерческой концессии и договора франчайзинга [Электронный ресурс]. URL: http://www.fpsr.ru/meh_reg_dog.html (дата обращения: 11.05.2014).

¹⁰ Змиренкова, Н.К. Законодательное регулирование договора коммерческой концессии // Вестник Самарской гуманитарной академии. Сер.: Право. 2011. №1(9). С. 67.

¹¹ Гелашвили, Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2007. С. 11.

ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ И ВИДЫ НЕКОММЕРЧЕСКИХ УНИТАРНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ

Принятые изменения Гражданского кодекса России (далее - ГК РФ) разделили все юридические лица на корпорации и унитарные организации. В тексте ГК РФ нет определения понятия «унитарная организация». Для его формулировки необходимо выделить основные признаки данных юридических лиц и отличия от корпораций. В соответствии со ст. 65.1 ГК РФ корпорациями являются те юридические лица, участники которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган. Соответственно, два названных признака должны отличать корпорации от иных организаций, т.е. от унитарных. Однако, как показал анализ правового положения унитарных некоммерческих организаций, это не совсем верно. Во многих формах формирование высшего органа остается в компетенции учредителя. Таким образом, отличительный признак один – наличие или отсутствие членских отношений (право участия). Вторым признаком является закрепленный в ГК РФ перечень организационно-правовых форм корпоративных и унитарных юридических лиц. Этот признак легальный, зависящий от воли законодателя. Так, религиозная организация до внесения изменений в ГК РФ считалась формой общественной организации (объединения). После изменений общественные организации являются некоммерческими корпоративными организациями; религиозные организации признаны видов некоммерческих унитарных юридических лиц.

Мы поддерживаем мнение тех ученых, которые особым признаком унитарных юридических лиц считают особый тип управления¹.

Все функции управления сосредоточены у единоличного органа управления – руководителя организации. Однако во многих случаях учредитель имеет определенные права по контролю за деятельностью созданной им организации. Эти полномочия закреплены либо в законе, либо в уставе юридического лица.

Гражданский кодекс закрепил следующие виды некоммерческих унитарных организаций:

- фонд;
- учреждение;
- автономная некоммерческая организация;
- религиозная организация;
- публично-правовая компания.

Понятие фонда осталось прежним. Это унитарная организация, не имеющая членства. Фонд создается для благотворительных, культурных, образовательных и иных социально-полезных целей. Главной задачей учредителя является формирование имущества фонда для создания основы дальнейшей уставной деятельности организации.

Законодательство о фондах в России является достаточно подробным. Деятельность фонда регулируется Федеральным законом от 12 января 1996 г. №7-ФЗ «О некоммерческих организациях», Федеральным законом от 19 мая 1995 г. №82-ФЗ «Об общественных объединениях», Федеральным законом от 11 августа 1995 г. №135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях». Специальное законодательство устанавливает правила для создания и деятельности особых видов фондов (например, Федеральный закон от 7 мая 1998 г. №75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах»). На наш взгляд, дальнейшее развитие законодательства еще в большей степени разделит правовое положение фондов на отдельные виды.

Учреждение является классическим видом унитарной организации. Именно этот вид юридического лица наиболее полно дает представление об особенностях унитарных юридических лиц. В соответствии со ст. 123.21 ГК РФ учреждением признается унитарная некоммерческая организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера. Таким образом, определение учреждения сохранилось в новой редакции ГК РФ.

Законодатель выделил традиционные виды учреждений – государственные, муниципальные и частные. Государственные и муниципальные учреждения разделены на следующие типы: автономное, бюджетное и казенное учреждения. Необходимо отметить изменения в правилах о наличии или отсутствии субсидиарной ответственности собственника имущества по обязательствам созданного

им учреждения. Учредитель несет субсидиарную ответственность по обязательствам частного и казенного учреждения. Бюджетное и автономное учреждения отвечают по своим обязательствам ограниченным имуществом без субсидиарной ответственности собственника. Но в законе (ст. 123.22 ГК РФ) сделано исключение. По обязательствам автономного и бюджетного учреждений, связанным с причинением вреда гражданам, при недостаточности имущества учреждения, на которое в соответствии с положениями ст. 123.22 ГК РФ может быть обращено взыскание, субсидиарную ответственность несет собственник имущества автономного или бюджетного учреждений.

Несмотря на споры, законодатель включил в текст ГК РФ нормы об автономной некоммерческой организации как унитарной некоммерческой организации, не имеющей членства и созданной на основе имущественных взносов граждан и (или) юридических лиц в целях предоставления услуг в сферах образования, здравоохранения, культуры, науки и иных сферах некоммерческой деятельности (ст. 123.24 ГК РФ). Количество АНО в последнее время существенно возросло. Необходимо отметить, что АНО активно используется государством для участия в гражданских правоотношениях.

Как уже отмечалось, религиозные организации также попали в перечень некоммерческих унитарных организаций. Им посвящен отдельный параграф IV гл. 4 ГК РФ (ст. 123.26-123.28 ГК РФ). Несмотря на неоднозначность отнесения религиозных организаций к унитарным юридическим лицам², наличие общих норм в ГК РФ позволит определить единые требования к данным организациям и в специальном законодательстве.

Значительно больше вопросов возникнет в отношении публично-правовых компаний, которые лишь упоминаются в ст. 50 ГК РФ. Какие-либо общие положения о данной организационно-правовой форме в ГК РФ отсутствуют.

¹ Серова О.А. Типы управления юридическим лицом: к постановке вопроса // Юрист. 2006. №2.

² Агафонова А.А. Общие подходы к правовому регулированию института религиозных объединений России в свете опыта зарубежных стран // Конституционное и муниципальное право. 2011. №8.

А.В. Ермакова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕДЕЛЫ ДЕЙСТВИЯ «РАЗРЕШИТЕЛЬНОГО» ПРИНЦИПА ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ ПРАВ НА НЕДВИЖИМОЕ ИМУЩЕСТВО

Современная российская система государственной регистрации прав на недвижимое имущество (далее – регистрация прав), введенная Гражданским кодексом Российской Федерации 1995 года (далее – ГК РФ) и процедурно обеспеченная Федеральным законом от 21.07.1997 №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (далее – Закон о регистрации прав), действует более 16 лет. При этом можно утверждать, что на протяжении этих лет, несмотря на постоянную изменчивость законодательства о регистрации прав, материально-правовая составляющая данного института, отражающая сущность и цели регистрации прав, а также выражающая ее основные принципы, оставалась практически неизменной. Даже происходящее в настоящее время реформирование ГК РФ, затронувшее, в том числе, и нормы о регистрации прав, не изменило фундаментальных основ указанного института. Появившиеся в ГК РФ новые нормы, закрепляющие основополагающие принципы системы регистрации прав, по сути, носят обобщающе-фиксирующий характер.

Так, одним из принципов российского института регистрации прав, действующим на протяжении 16 лет и получившим свое закрепление в рамках реформы ГК РФ, является «разрешительный» принцип. В статье 8.1. ГК РФ, введенной Федеральным законом от 30.12.2012 №302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», данный принцип сформулирован как принцип *проверки законности оснований регистрации прав* (пункты 1, 5). Указанный принцип, свидетельствующий о ревизионной направленности системы регистрации прав, означает, что регистрация прав возможна только после проведения регистрирующим органом *проверки наличия фактического состава*, являющегося бесспорным основанием возникновения, наличия, перехода, прекращения или обременения (ограничения) прав на недвижимость (далее – основание возникновения права), включающей в себя, в том числе, правовую оценку представленных на регистрацию прав документов.

Необходимость закрепления «разрешительного» принципа, лишаящего процедуру регистрации прав формального характера, организационно усложняющего и «утяжеляющего» процесс регистрации, обусловлено значимостью правовых последствий акта регистрации права.

Согласно российскому законодательству указанный акт не только определяет по общему правилу момент возникновения (изменения, прекращения) права, но и порождает презумпцию наличия зарегистрированного права, которая (в случае регистрации «несуществующего» права) может быть опровергнута только в судебном порядке (п. 2, п. 6 ст. 8.1. ГК РФ, п. 1 ст. 2 Закона о регистрации прав). В самом общем виде – регистрация прав не только обеспечивает публичность «существующих» прав, но и в целях достижения стабильности гражданского оборота легализует для третьих лиц «несуществующие» права, в том числе в ущерб интересам истинных правообладателей. В связи с этим, минимизация случаев существования в государственном реестре недостоверных сведений о правах выступает одной из важнейших задач системы регистрации прав. Законодательное закрепление и последовательное проведение «разрешительного» принципа регистрации прав является одним из способов достижения фактической достоверности государственного реестра (соответствия содержания государственного реестра реальному правовому положению объекта недвижимости).

Действие «разрешительного» принципа регистрации прав проявляется на стадии рассмотрения регистрирующим органом документов, представленных для регистрации прав, и выражается в обязательности проведения регистрирующим органом *правовой экспертизы* документов, представленных на регистрацию прав (ст. 13 Закона о регистрации прав). Правовая экспертиза документов представляет собой способ установления отсутствия (наличия) *материальных* оснований отказа в регистрации прав. Именно по результатам проведения правовой экспертизы документов регистрирующим органом решается вопрос о наличии (отсутствии) фактического состава, являющегося бесспорным основанием возникновения права, и, соответственно, об отсутствии (наличии) материальных оснований для отказа в регистрации прав.

Следует отметить, что до настоящего времени законодательно не решен однозначно вопрос об объеме полномочий регистрирующего органа в рамках правовой экспертизы документов. Разбросанные по разным статьям Закона о регистрации прав положения, содержащие указания на отдельные полномочия регистрирующего органа по правовой оценке документов, представленных на регистрацию прав, не позволяют достаточно четко определить *пределы правовой экспертизы документов* (границы возможного и должного предмета анализа со стороны регистрирующего органа) и, соответственно, пределы действия «разрешительного» принципа регистрации прав.

Думается, что «разрешительный» принцип предполагает анализ представленных на регистрацию прав документов с точки зрения их *достаточности* для того, чтобы можно было сделать вывод о наличии юридического факта, являющегося бесспорным основанием возникновения права. Из совокупности представленных документов регистрирующий орган должен усмотреть, что: 1) *имеется юридический факт*, предусмотренный законодательством в качестве основания возникновения права, 2) указанный юридический факт *повлек (может повлечь) соответствующие правовые последствия* (сделка действительна, судебный акт вступил в силу и т.д.), т.е. отсутствуют обстоятельства, являющиеся в силу закона основанием для признания указанного юридического факта не влекущим правовых последствий.

Однако в ряде случаев правовая экспертиза документов в части установления регистрирующим органом способности юридического факта, предусмотренного законодательством в качестве основания возникновения права, влечь соответствующие правовые последствия, имеет *объективные* пределы, обусловленные объективной невозможностью выявления регистрирующим органом всех обстоятельств, являющихся в силу закона основаниями для признания юридического факта не влекущим правовых последствий.

С другой стороны, в определенных случаях регистрирующий орган даже при наличии возможности выявить обстоятельства, являющиеся в силу закона основаниями для признания юридического факта не влекущим правовых последствий, не должен выявлять указанные обстоятельства (в том смысле, что не только не обязан, но и не имеет права), а при их самообнаружении не вправе давать оценку соответствующему юридическому факту как не влекущему правовых последствий. Данный аспект пределов правовой экспертизы документов обусловлен ограниченностью компетенции регистрирующего органа, вызванной тем, что для отдельных юридических фактов, предусмотренных законодательством в качестве оснований возникновения гражданских прав и обязанностей, в законе установлен особый порядок признания их не влекущими правовых последствий, в том числе и специальный субъект, как правило, суд (оспоримые сделки, не соответствующие закону ненормативные акты органов власти, и др.).

Приведенные аспекты пределов правовой экспертизы документов с необходимостью должны учитываться при определении возможных и должных полномочий регистрирующего органа в процессе установления факта, являющегося бесспорным основанием возникновения права. В частности, от решения указанного вопроса, как минимум, зависит вопрос о квалификации в той или иной ситуации действий (бездействия) регистрирующего органа, что особенно актуально в рамках спора о возмещении убытков, причиненных незаконным отказом в регистрации прав или внесением в государственный реестр незаконных или недостоверных данных о праве (п. 9 ст. 8.1. ГК РФ).

Кроме того, обозначенные пределы правовой экспертизы документов должны приниматься во внимание при определении степени эффективности «разрешительного» принципа регистрации прав как способа достижения фактической достоверности государственного реестра.

Д.М. Жубрин

Российская академия правосудия, г. Москва

СОГЛАШЕНИЕ ОБ УПРАВЛЕНИИ ХОЗЯЙСТВЕННЫМ ПАРТНЕРСТВОМ: КЛЮЧЕВЫЕ АСПЕКТЫ

С 1 июля 2012 г. вступил в силу Федеральный закон от 03.12.2011 г. №380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (далее – «Закон о хозяйственных партнерствах»).

Одним из наиболее интересных нововведений данного закона является институт соглашений об управлении партнерством, который призван урегулировать отношения участников партнерства по различным вопросам совместного ведения бизнеса.

Закон о хозяйственных партнерствах предусматривает наличие двух документов, регулирующих деятельность партнерства: устава и соглашения об управлении партнерством. При этом учредительным документом партнерства является только устав, в котором закрепляются сведения о фирменном наименовании, целях и видах деятельности, о месте нахождения, о размере и составе складочного капитала, о порядке и сроке избрания исполнительного органа. В уставе должны быть указаны сведения о наличии или отсутствии в партнерстве соглашения управления и об участии или неучастии в нем самого партнерства.

Помимо устава участники партнерства могут заключить между собой соглашение об управлении партнерством, которое может регулировать практически неограниченный круг вопросов за исключением тех, которые в силу прямого указания закона должны быть отражены в уставе партнерства.

Из Закона о хозяйственных партнерствах остается неясной правовая природа соглашений об управлении партнерством. Соглашение об управлении партнерством не относится к учредительным документам партнерства, так как Закон о хозяйственных партнерствах в п. 1 ст. 9 прямо предусматривает, что учредительным документом хозяйственного партнерства является устав. Соглашение об управлении партнерством не является внутренним документом организации (локальным нормативным актом), так как не утверждается компетентными органами хозяйственного партнерства, а в договорной форме заключается его участниками¹.

Необходимо провести различие между соглашением об управлении партнерством и сходными гражданско-правовыми институтами: акционерным соглашением и договором об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью. Полагаем, что соглашение об управлении партнерством, в отличие от акционерного соглашения и договора об осуществлении прав, не является обязательством в классическом понимании, так как обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (п. 3 ст. 308 ГК РФ), а соглашение об управлении партнерством предусматривает автоматический переход обязанностей по нему к приобретателю доли в складочном капитале без его согласия.

Пункт 2 ст. 6 Закона о хозяйственных партнерствах предусматривает, что участниками соглашения должны быть все участники партнерства. Само партнерство может быть участником соглашения в случае, если это предусмотрено уставом партнерства. Необходимо отметить, что нормы Федерального закона «Об ООО» и Федерального закона «Об АО» не предусматривают возможность общества быть стороной в соглашении участников (акционеров), а также не ограничивают участников (акционеров) в количестве заключаемых соглашений.

Еще одним немаловажным отличием является требование об обязательной нотариальной форме соглашения об управлении партнерством, в то время как договоры об осуществлении прав участников (акционерные соглашения) не требуют обязательного нотариального удостоверения.

Рассмотрим возможности исключения в соглашении об управлении партнерством из принципа пропорциональности. Закон о хозяйственных партнерствах стал первым нормативно-правовым актом, в котором прямо закреплена возможность перераспределения корпоративных прав вне зависимости от размера принадлежащей доли. Тенденция, связанная с отходом от принципа пропорциональности, подвергалась резкой критике со стороны ведущих представителей научного сообщества. Так, авторы Концепции развития законодательства о юридических лицах обращают внимание на недопустимость изменения посредством заключения акционерного соглашения исторически сложившегося баланса рисков и преимуществ, суть которого заключается в том, что каждый участник корпорации имеет равный объем прав, вытекающих из его участия, и несет риски пропорционально своей доле. Иными словами, участник, обладающий 50% и более голосов, имеет больше прав, чем владелец 5% голосов, однако он рискует своим вкладом в гораздо большей степени, чем второй. По мнению авторов концепции, целью такого перераспределения будет являться не инвестирование в компанию, а получение контроля при отсутствии риска, точнее, с его переложением на иных участников, не обладающих контролем, несмотря на значительное преимущество в долях участия.

Соглашение об управлении партнерством не должно противоречить федеральным законам и положениям устава партнерства, которые должны в силу п. 2 ст. 9 Закона о хозяйственных партнерствах содержаться в уставе партнерства. Отметим, что устав имеет приоритет над соглашением об управлении только по вопросам, прямо предусмотренным в п. 2 ст. 9 Закона о хозяйственных партнерствах. При наличии противоречий между уставом и соглашением об управлении последнее имеет большую юридическую силу по всем вопросам, кроме перечисленных в п. 2 ст. 9 Закона о хозяйственных партнерствах.

Соглашение об управлении партнерством предусматривает способы обеспечения исполнения обязательств и меры гражданско-правовой ответственности, в том числе возмещение причиненных нарушением соглашения убытков, взыскание неустойки, выплату компенсации или применение иных мер ответственности.

В отличие от Федерального закона «Об АО» в Законе о хозяйственных партнерствах конкретизировано понятие компенсации, под которой понимается твердая денежная сумма или сумма, подлежащая определению в порядке, указанном в соглашении об управлении партнерством.

Законом о хозяйственных партнерствах установлено, что вне зависимости от применения мер гражданско-правовой ответственности нарушение условий соглашения об управлении партнерством не исключает права стороны требовать понуждения к исполнению соглашения; может являться основанием для признания недействительными решений органов управления партнерства; может являться основанием для признания недействительными сделок, совершенных в нарушение соглашения, при условии, что другая сторона по договору знала или должна была знать об ограничениях.

В заключение отметим, что законодатель предложил качественно новый институт для регулирования отношений между участниками юридических лиц, отличающийся от аналогов большей диспозитивностью и более широкими возможностями для восстановления прав пострадавшей стороны в случае нарушения условий соглашения. Вместе с тем остается открытым вопрос о правовой природе соглашения об управлении партнерством, оправданности наличия двух документов, регулирующих взаимоотношения участников партнерства: устава и соглашения, а также о необходимости отхода от принципа пропорциональности.

¹ Шиткина И. Новеллы российского корпоративного законодательства // Хозяйство и право. 2012. №4. С. 27–41.

А.В. Захаркина

Пермский институт экономики и финансов, г. Пермь

СОВРЕМЕННЫЕ КОНЦЕПЦИИ ФАКУЛЬТАТИВНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Этимологические начала слова «концепция» восходят к латинскому языку. Термин «концепция» происходит от латинского слова – *conceptio* и имеет несколько значений (понимание, система, схватывание)¹. «Концепция» означает определенный способ понимания, трактовки какого-либо

предмета, явления, процесса, основная точка зрения на предмет и др., руководящая идея для их систематического освещения.

Прежде чем перейти к описанию имеющихся в юридической науке концепций факультативных обязательств, отметим, что в научной литературе указанные концепции становятся предметом изучения исключительно в контексте поиска сущностных отличий факультативных обязательств от альтернативных, а также от иных гражданско-правовых конструкций². В то же время формирование комплексной, внутренне согласованной и обоснованной концепции факультативных обязательств обладает большой методологической ценностью: такая концепция будет способствовать эффективному применению норм обязательственного права.

Комплексная систематизация имеющихся в юридической доктрине представлений о факультативных обязательствах позволила В.А. Белову сформулировать регулятивную и охранительную концепцию. Кроме того, в результате последовательного исследования двух названных концепций В.А. Белов предложил третью – синтетическую – концепцию, которая представляет собой попытку объединения двух «классических» концепций в единый конгломерат. Обратимся к характеристике трех названных концепций.

Регулятивная (ценовая, продолжниковская) концепция нашла свое отражение в трудах дореволюционных, а также советских и некоторых современных ученых. Согласно данной концепции, сущностное значение факультативного предоставления заключается в приобретении права на односторонний отказ от исполнения основного (первоначально простого) обязательства. Неслучайно данную концепцию называют также «ценовой», тем самым подчеркивая основное функциональное назначение факультативного предоставления. С позиции адептов регулятивной концепции индивидуальность факультативных обязательств проявляется прежде всего через категорию замены исполнения. Конструкция замены исполнения выглядит следующим образом: «должник обязан передать известную вещь, но вправе отступить от обязательства, заменив следуемое предоставление уплатой определенной денежной суммы»³. В данной конструкции передача «известной вещи» квалифицируется как надлежащее исполнение обязательства, а уплата денежной суммы – как замена исполнения. Таким образом, замена исполнения не что иное, как цена субъективного права на односторонний отказ от исполнения первоначального обязательства. В.А. Белов, несомненно, прав, отмечая, что «в различных сделках такая цена может называться по-разному: *facultas alternativa*, «факультативное или заменяющее предоставление», «замена исполнения», «отступное», «цена опциона», «премия», «неустойка» и т.п.⁴ Таким образом, регулятивная концепция выражает сущность факультативного обязательства через право должника заранее приобрести потенциальную возможность заменить заранее идентифицированное исполнение обязательства другим предоставлением.

Охранительная (страховая, прокредиторская) концепция получила последовательное развитие в трудах В.П. Грибанова⁵, Ю.Г. Басина⁶, З.И. Цыбуленко⁷, А.Н. Танага⁸, В.А. Белова⁹ и некоторых других исследователей. Адепты охранительной концепции рассматривают факультативные обязательства через призму следующей характерной черты указанных обязательств: невозможность исполнения первоначального (однообъектного) обязательства влечет изменение обязательства путем предоставления изначально известной замены, которая является «заранее обусловленным вознаграждением кредитора за убытки», вызванные прекращением первоначального обязательства. Таким образом, согласно рассматриваемой концепции замена исполнения одновременно выступает пределом ответственности должника и гарантией защиты интересов кредитора.

Синтетическая (универсальная) концепция, авторство которой принадлежит В.А. Белову, имеет своей целью соединение регулятивной и охранительной стадий бытия факультативного обязательства. Раскрывая сущностное содержание указанной концепции, В.А. Белов прямо пишет: «До тех пор пока исполнение обязательства с условием о *facultas alternativa* является возможным, т.е. в период его существования в регулятивном виде, факультативное предоставление имеет значение покупной цены права одностороннего отказа от такого исполнения... Если же случилось так, что исполнение подобного обязательства стало невозможным по обстоятельствам, за которые кредитор не отвечает, то судьба и роль предмета *facultas alternativa* могут быть истолкованы как предел ответственности должника за убытки; способ восстановления имущественной сферы кредитора»¹⁰.

Разделяя в целом подход указанного автора к концепции факультативных обязательств, считаем возможным предложить *функциональную* концепцию факультативных обязательств, имеющая своей целью максимально подробное, поэтапное исследование назначения и внутренней сущности изучаемых обязательств.

Факультативные обязательства представляют собой обязательства с усложненной структурой, которая находится в диалектической динамике. Внутреннее изменение структуры исследуемых обя-

зательств, которое происходит стадийно, требует от факультативных обязательств выполнения той или иной функции, которая выступает смыслом реализации каждой отдельной стадии. Системный подход к изучению факультативных обязательств требует рассматривать указанные явления в их динамике, а не статике, что позволяет обнаружить специальные функции факультативных обязательств, которые последние выполняют на каждой стадии их реализации.

С учетом изложенного представляется, что в современной парадигме обязательственного права имеет место функциональная концепция факультативных обязательств, контент которой предполагает гармоничное комбинирование регулятивной, охранительной, а также иных специальных функций факультативных обязательств в их динамике.

¹ *Советский энциклопедический словарь* / под ред. А.М. Прохорова. 3-е изд. М.: Сов. энциклопедия, 1984. С. 624.

² См.: Белов В.А. Факультативные обязательства // *Вестник гражданского права*. 2011. №3. С. 17; Кулаков В.В. Сложные обязательства в гражданском праве: дис. ... док-ра юрид. наук. С. 269.

³ Белов В.А. Указ. соч. С. 23.

⁴ Там же. С. 24.

⁵ *Гражданское право: учебник* / отв. ред. П.Е. Орловский, С.М. Корнеев. Т. 1. С. 436.

⁶ *Гражданское право Казахской ССР: учеб. пособие* / под ред. Ю.Г. Басина. Алма-Ата, 1978. Ч. 1. С. 267.

⁷ *Советское гражданское право: учебник* / под ред. Ю.Х. Калмыкова, В.А.Тархова. Т. 1. С. 355.

⁸ *Гражданское право: учебник* / под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. М., 2009. Ч. 1. С. 602.

⁹ Белов В.А. *Гражданское право. Общая и особенная части: учебник*. М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2003. С. 700–701.

¹⁰ Белов В.А. *Факультативные обязательства*. М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2011. С. 27.

С.В. Ибрагимова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О РЕГУЛЯТИВНОЙ ФУНКЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В СВЕТЕ ИЗМЕНЕНИЙ ПОЛОЖЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РФ О ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦАХ

Одной из функций гражданского права является регулятивная функция. Регулятивная функция определяется существованием позитивных норм, указывающих, что должны делать субъекты права при определенных ситуациях, какие следует выбирать варианты поведения, какие при этом возникают права и обязанности¹. Право воздействует на общественные отношения в целях их закрепления и содействия их развитию посредством установления позитивных правил поведения, предоставления прав и обязанностей для активных действий их носителям².

Гражданское право призвано определить 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), закрепить 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 сентября 2014 года вступил в силу (за исключением отдельных положений) Федеральный закон от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»³, существенно изменивший положения о юридических лицах.

Безусловно, изменения законодательства, так же как и любые перемены, встречаются общественностью настороженно, нередко с негативной оценкой. Однако, по нашему мнению, уточнения правовых положений о юридических лицах были объективно необходимы, обусловлены потребностями участников гражданского оборота и общества в целом.

Как верно отметил В.Ф. Яковлев, начала определенности важны и необходимы, особенно в отношении статуса экономических структур, деятельность которых затрагивает жизненно важные интересы неопределенного, часто огромного числа лиц. Закрытость крупных коммерческих структур, отсутствие необходимой информации об их деятельности, подчинение их статуса договорному регу-

лированию, размытость правил об управлении, бесконтрольность и снижение ответственности лиц, формирующих экономическую политику, способны не только причинить вред неограниченному кругу лиц, но и ввергнуть экономику многих стран в кризисное состояние⁴.

По справедливому замечанию Т.Н. Радько, с помощью права могут быть установлены новые общественные отношения, для которых созрели соответствующие условия, то есть их вид, качественное своеобразие уже predeterminedены социально-экономической необходимостью, объективными законами развития общества. В этой связи право может направлять развитие общественных отношений, обеспечивать условия их развития, создавать новые виды отношений⁵.

Переход к рыночным отношениям в 90-х годах прошлого века predeterminedил правовую регламентацию правосубъектности юридических лиц, порядка их участия в гражданском обороте, нашедших закрепление в части первой ГК РФ. Последующие годы развития предпринимательства, увеличение экономического эффекта от деятельности юридических лиц predeterminedили общественную потребность в совершенствовании их правовой регламентации. В то же время процессу принятия новых положений способствовали как практика применения гражданского законодательства, показавшая некоторые несовершенства правовых норм о юридических лицах, так и глубокие разработки ученых-юристов.

Необходимо было продолжить закрепление в кодифицированном акте общих норм о юридических лицах, определяющих гражданско-правовое положение юридических лиц и порядок их участия в гражданском обороте, тем самым вынести общие положения, присущие всем видам юридических лиц, из специальных законов в Гражданский кодекс РФ; закрепить прогрессивные новеллы, которые бы позволили развивать коммерческие и некоммерческие инициативы граждан.

Однако, несмотря на длительную подготовку рассматриваемого закона, не все изменения в Гражданский кодекс следует признать удачными. По мнению Е.А. Суханова, новая редакция главы 4 ГК РФ производит двойственное впечатление: с одной стороны в нем можно видеть вполне разумные и оправданные новеллы; с другой стороны, в ней получили законодательное закрепление крайне спорные положения и подходы, практическая реализация которых повлечет многочисленные трудности⁶.

Представляется, что среди прогрессивных новелл главы 4 ГК РФ можно отметить, в частности, определение ответственности лиц в соответствии со ст. 53.1; уточнение положений о месте нахождения и адресе юридического лица (ст. 54); установление основных прав и обязанностей участников корпорации и уточнение механизма защиты их нарушенных прав (ст. 65.2); последовательное закрепление в главе 4 норм, опирающихся на принцип добросовестности. Именно добросовестного и надлежащего осуществления гражданских прав и исполнения гражданских обязанностей участниками правоотношений явно не хватало гражданскому обороту в последние годы.

Спорными новеллами, на наш взгляд, являются, в частности, положения о перечне организационно-правовых форм некоммерческих организаций (п. 3 ст. 50); придании лицам, выполняющим функции органа юридического лица статуса его представителей (п. 1 ст. 53); исключение положения о составлении передаточного акта при слиянии, присоединении и преобразовании юридических лиц (ст. 58); изложенная редакция положения о подтверждении принятия решений хозяйственных обществ (п. 3 ст. 67.1).

Представляется, что в ближайшее время потребуются уточнения принятых положений гражданского законодательства о юридических лицах, которые необходимо будет осуществить. Исправление неточностей повлечет прогресс правовой регламентации общественных отношений с участием юридических лиц. Как интересно отметил С.С. Алексеев, гражданские законы – это те юридические установления, которые касаются всех, ежедневно, а то и ежечасно воспроизводятся в нашей безостановочно повторяющейся повседневности⁷. Постоянное участие юридических лиц в правоотношениях, правоприменительная практика покажут соответствие новых норм о юридических лицах потребностям общества, а также определяют пути дальнейшего развития законодательства.

¹ Реутов В.П. Функциональная природа системы права. Пермь: Изд-во Перм. гос. ун-та. 2002. С. 75–76.

² Радько Т.Н. Теория функций права: монография. Москва: Проспект, 2014. С. 106.

³ О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: Федеральный закон от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2014. №19, ст. 2304.

⁴ Яковлев В.Ф. О функциях гражданского права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: сборник статей, посвященных 70-летию С.А. Хохлова / под ред. С.С. Алексеева. М: Статут, 2011 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Радько Т.Н. Указ. соч. С. 58.

⁶ Суханов Е. О достоинствах и недостатках новой редакции главы 4 Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. №9. С. 5.

⁷ Алексеев С.С. Философия права. М.: Издательство Норма, 1999. С. 109.

А.А. Капитанова

Академия МВД Республики Беларусь, г. Минск

К ВОПРОСУ О КЛАССИФИКАЦИИ ПРЕИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Проблема классификации является основополагающей в изучении любого правового явления. Это касается и изучения преимущественных прав как самостоятельной группы гражданских правоотношений. Подходя к проблеме классификации преимущественных прав, необходимо прежде всего отметить отсутствие их законодательной классификации. В настоящее время Гражданский кодекс Республики Беларусь (далее – ГК Республики Беларусь) содержит целую группу преимущественных прав, охватывающих различные имущественные отношения¹. В цивилистической литературе классификацию преимущественных прав если и можно встретить, то в очень редких случаях, что обусловлено недостаточной разработанностью данной проблемы в целом.

Слово «классификация» происходит от двух латинских слов – *classis* (группа) и *facere* (делать). В научной литературе этот термин используется в двух значениях – как наименование уже сложившейся системы классификации и как обозначение процесса ее создания, построения. Под классификацией следует понимать состоящую систему знаний, понятия которой означают упорядоченные группы, по которым распределены объекты некоторой предметной области на основании их сходства в определенных свойствах². По нашему мнению, основой построения классификации преимущественных прав является систематизация имеющихся знаний о преимущественных правах, выявление закономерностей их развития и осуществления.

Отметим, что попытки классификации преимущественных прав были предприняты еще в дореволюционной литературе. Так, К.П. Победоносцев предлагал выделять две группы преимущественных прав преимущественные права на заключение договора и преимущественные права покупки (на приобретение)³. Данную точку зрения разделяет современный российский ученый С.А. Денисов: «Одним из институтов, который определяет пределы свободы заключения договора в целях защиты прав и законных интересов других лиц, является преимущественное право на заключение договора»⁴.

На наш взгляд, в качестве основного критерия данной классификации используется имущественный интерес управомоченного лица на заключение договора или приобретение вещи, поэтому данные группы имеют скорее больше общих черт, чем различий. По мнению Р.Е. Пивовара, и в первом и во втором случае управомоченное лицо имеет преимущественное право вступить в правоотношение с другим лицом, что достигается путем совершения сделки, следовательно, и в случае продажи акции закрытого акционерного общества и в случае заключения договора аренды на новый срок, речь идет о преимущественном праве на вступление в правовую связь в форме договора⁵.

Таким образом, солидаризируемся с данной точкой зрения и отметим, что выделять преимущественные права на заключение договора в отдельную группу представляется не вполне корректным, так как этот признак, по сути, присущ и другой группе преимущественных прав.

Следует отметить, что, в свою очередь, Р.Е. Пивовар предлагает несколько оснований для классификации преимущественных прав. В качестве первого критерия автор называет основание возникновения преимущественных прав; вторым критерием автор называет предпосылки для их установления в тех или иных случаях; в основе третьего критерия классификации преимущественных прав лежит зависимость их от сферы возникновения⁶.

Российский цивилист Д.Е. Потерякин предлагает выделять три группы преимущественных прав: корпоративные преимущественные права; преимущественные права, влекущие возникновение права собственности; преимущественные права в области обязательственных отношений, которые

отражают приоритет перед другими лицами на заключение договоров. С точки зрения Л.Ю. Леоновой, все преимущественные права можно классифицировать следующим образом: преимущественное право покупки; преимущественное право кредитора-залогодержателя; преимущественные права при разделе наследуемого имущества; преимущественные права на заключение договоров; преимущественные права корпоративного характера⁷.

По нашему мнению, преимущественные права представляют собой особую группу прав, которые, подобно хамелеонам, меняют свою правовую природу в зависимости от гражданского правоотношения, на основании которого они возникают. Преимущественные права могут приобретать черты вещных, обязательственных и корпоративных прав. Поэтому, по нашему мнению, в соответствии с ГК Республики Беларусь преимущественные права можно классифицировать следующим образом:

1. Преимущественные права, возникающие в сфере корпоративных правоотношений: преимущественное право покупки доли в полном товариществе (п. 1 ст. 76 ГК Республики Беларусь); преимущественное право покупки доли в обществе с ограниченной ответственностью (п. 2 ст. 92 ГК Республики Беларусь); преимущественное право покупки акций, продаваемых другими акционерами закрытого акционерного общества (п. 5 ст. 97 ГК Республики Беларусь); преимущественное право на покупку дополнительно выпускаемых открытым акционерным обществом и закрытым акционерным обществом акций (п. 3 ст. 100 ГК Республики Беларусь); преимущественное право покупки пая в производственном кооперативе (п. 3 ст. 111 ГК Республики Беларусь).

2. Преимущественные права, возникающие в вещных правоотношениях – преимущественные права участников общей долевой собственности (ст. 253 ГК Республики Беларусь).

3. Преимущественные права в обязательственных правоотношениях – преимущественное право арендатора на заключение договора аренды на новый срок (ст. 592 ГК Республики Беларусь); преимущественное право кредитора-залогодержателя по обеспеченному залогом обязательству (ст. 315 ГК Республики Беларусь).

4. Преимущественные права в наследственных правоотношениях – преимущественные права наследников на определенные объекты из состава наследства при его разделе (ст. 1082 ГК Республики Беларусь).

Мы полагаем, что предложенная нами классификация преимущественных прав в гражданском законодательстве Республики Беларусь применима не только для их теоретического осмысления, но и для более эффективной реализации преимущественных прав на практике.

¹ Национальный Интернет-портал Республики Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2014. URL: <http://www.pravo.by> (дата обращения: 30.08.2014).

² Субботин А.Л. Классификация. М., 2001. С. 9.

³ Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 1, Т. 2. СПб., 1868. С. 55.

⁴ Денисов С.А. Преимущественное право на заключение договора как институт, устанавливающий пределы свободы заключения договора // Законодательство. 1997. №2. С. 34–39.

⁵ Пивовар Р.Е. Вопросы классификации преимущественных прав в российском праве // Юридические науки. 2006. №5. С. 52–53.

⁶ Там же.

⁷ Потерякин Д.Е. Виды преимущественного права // Право и государство: теория и практика. 2006. №3. С.52–55.

Е.В. Князева

Университет Российской академии образования, г. Москва

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРИМЕНЕНИЕ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ МЕЖДУ ЧЛЕНАМИ СЕМЬИ

Принятый Федеральный закон от 27 июля 2010 г. №193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹ (далее – закон) породил дискуссию о сущности медиации, ее правовой природе, связи с материальным и процессуальным правом, об отдельных правовых понятиях закона.

Зачем в существующей правовой системе вводится новый правовой институт – институт медиации? О своевременности, необходимости принятия закона о медиации говорят многие цивилисты и процессуалисты.

Так, С.К. Загайнова отмечает, что «законодатель признает за процедурой медиации статус законного способа урегулирования правовых споров, существующего наряду с судебным порядком, процедурой разрешения споров в третейском суде, в комиссиях по трудовым спорам, нотариальной процедурой»². То есть речь идет о регулировании не любых споров, а споров правового характера. Процедура медиации призвана урегулировать споры участников правоотношений, направлена на достижение взаимоприемлемого решения, п. 1 ст. 1 закона обозначает одну из целей его принятия – содействие развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений. Однако, как представляется, в нынешней редакции закона эта цель недостижима. Можно выделить несколько причин, почему данный закон не будет работать эффективно.

1. Неоднозначно определен предмет регулирования. Статья 1 устанавливает, что законом регулируются отношения, связанные с применением процедуры медиации к спорам, возникающим из гражданских, трудовых и семейных правоотношений, в случае, если в такие споры не затрагивают или не затронут права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы. Споры в семейном праве зачастую затрагивают в момент их разрешения или потенциально в будущем интересы не только участников спора, но и других членов семьи: детей, родителей. Например, раздел имущества супругов косвенно может повлиять на возможность выполнения ими алиментных обязательств в отношении любого члена семьи. Аналогично может возникнуть вопрос применительно к процедуре медиации и о публичных интересах. Поэтому целесообразно было бы точнее определить круг семейных отношений, где применима медиация при разрешении споров.

2. В нынешней редакции закона требования, предъявляемые к медиатору, явно недостаточны для достижения целей, определенных законом. Согласно п. 7 ст. 11 закона медиатор не вправе ставить своими действиями какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права и законные интересы одной из сторон. Медиатор может осуществлять свою деятельность как на непрофессиональной, так и на профессиональной основе (ст.ст. 15 и 16 закона). При этом, устанавливая квалификационные требования к медиаторам, закон не определяет в качестве обязательного требования о наличии высшего юридического образования. Каким же образом можно в процессе осуществления процедуры медиации не умалять права и законные интересы сторон, если медиатор, не будучи юристом, этих прав не знает? Предположим, в результате примирительной процедуры между супругами о разделе общего имущества стороны заключили медиативное соглашение, в результате которого неработающая жена, ухаживающая за ребенком, не имеющая доходов, получила незначительную долю имущества, поскольку имущество было приобретено в браке на средства, заработанные мужем. Возможно, с точки зрения мужа «кормильца» и медиатора, не имеющего юридического образования, такой раздел будет справедливым. Каким ударом станет для жены известие о том, что в соответствии с действующим законодательством она могла рассчитывать на большую часть имущества с учетом интересов несовершеннолетнего ребенка! Конечно, она не лишена права обратиться с иском в суд о разделе имущества, но зачем тогда медиация? Если главным принципом медиации будет принцип «ребята, давайте жить дружно», тогда медиатором может быть любой хороший человек. Однако в ст. 1 закона сказано, что он разработан в целях создания правовых условий для применения альтернативной процедуры урегулирования споров. Е.И. Носырева отмечает, что медиация «точно так же, как и третейский суд, является альтернативой правосудию. В случае достижения сторонами соглашения по спору в ходе медиации и его исполнения правосудие становится неостребованным»³. Нельзя допускать к решению вопросов правового характера лиц без юридического образования, по сути дилетантов. Примирение сторон в споре не должно осуществляться любой ценой, оно должно происходить в рамках прав, predetermined законом и в русле возможных судебных решений по аналогичным спорам. Поэтому медиаторами должны быть не просто юристы, а высококвалифицированные юристы, которые могут прогнозировать предполагаемое судебное решение по данному спору. О необходимости наличия юридического образования у медиаторов высказывают предложения и иные авторы, в частности, И.В. Панова⁴.

3. Следующая проблема – в законе не определены четко полномочия медиатора. В.В. Лисицын, отмечает, что «в настоящее время медиация в России – это внесудебный способ урегулирования споров с участием третьей нейтральной стороны – медиатора. ... Медиатор не выносит никакого решения по конфликтному делу. Он помогает участникам спора в поиске путей эффективного выхода из конфликтной ситуации, в нахождении того компромисса, который бы устроил всех»⁵. Вызывает недоумение подпункт 2 п. 6 ст. 15 закона о том, что медиатор не вправе оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь. А какую помощь может оказывать медиация?

тор? Если перечень видов помощи, которые не имеет права оказывать медиатор, открытый, не лучше ли конкретно указать его правомочия? О правах медиатора в законе по существу ничего не сказано (кроме права встречаться со сторонами и получать вознаграждение). Согласно ч. 5 ст. 11 закона медиатор не вправе вносить, если стороны не договорились об ином, предложения об урегулировании спора. Предположим, стороны об ином не договорились, соответственно, медиатор не может вносить предложения об урегулировании спора, при этом он не вправе оказывать юридическую, консультационную помощь. Какова тогда его роль в урегулировании спора? По заявлению В.Ф. Яковлева «Посредник помогает сторонам, во-первых, наладить переговоры, во-вторых, провести их нормально, помогая им своим опытом, умением, правильной позицией»⁶. Но о каком опыте, умении, правильной позиции может идти речь, если фактически бесправный медиатор, как уже было отмечено, не знает законов, соответствующих судебных решений, в том числе и высших судебных органов страны, по спору, в разрешении которого он принимает участие? От такой «медиации» следует ожидать только отрицательный результат: даже если будет иметь место примирение сторон в момент заключения медиативного соглашения. Ибо велика вероятность нарушения права одного из участников спора, и об этом он узнает позже.

Для решения указанных и иных проблем, для укрепления института медиации следует изменить ряд положений закона.

Своевременным следует считать предложение В.Ф. Яковлева о проведении медиации судьями. Так, Вениамин Федорович заявил: «Закон о медиации создал надежную основу для ее дальнейшего развития. И не просто медиация в рамках судопроизводства на основе действующего АПК РФ, а медиация, проводимая судьями. Например, когда судья предлагает свои услуги в качестве посредника после возбуждения дела, и, если стороны достигают соглашения, оно утверждается судом в качестве мирового соглашения, и на этом судопроизводство заканчивается. Если не удастся стороны примирить, тогда этот судья-медиатор устраняется из данного дела, а другой судья рассматривает дело по обычной процедуре. Это стоит внедрить уже сейчас. Нужно также внедрить обязательную медиацию по указанию суда или закона»⁷. К сожалению, данное предложение противоречит действующему закону. Учитывая длительность судебного разбирательства спора, душевные, материальные, и иные затраты участников процесса, реализация данного предложения, причем не только в арбитражных судах, но и в судах общей юрисдикции, позволила бы в ряде случаев оперативно разрешать споры. Причем в судах общей юрисдикции медиация судьей-медиатором наиболее уместна. Объяснить это можно, в частности тем, что нередко с иском в суд обращаются граждане, не обладающие правовыми знаниями, зачастую не имеющие адвоката. Обладая не без помощи средств массовой информации искаженными представлениями о будущем процессе, они ввязываются в него, не зная какие трудности их ждут в ходе судебного разбирательства, не имея никаких представлений о правовых последствиях процесса, прежде всего, негативных. Так, пенсионерка обратилась с иском в суд, оспаривая получение наследства дальней родственницей. Процесс длился несколько лет. В результате в удовлетворении исковых требований было отказано, а на истицу суд возложил обязанность возместить издержки ответчику в размере пятидесяти тысяч рублей – это размер пенсии истицы за восемь месяцев. Причем это не единственные ее издержки по данному делу. Если учесть, что периодически она обращалась к услугам адвоката, несла транспортные расходы, нетрудно представить, какое разочарование этой гражданки от нашей правовой системы.

Необходимость проведения процедуры медиации юристами, в том числе и судьями, объясняется еще и тем, что на рынке оказания юридических услуг слишком много либо шарлатанов-непрофессионалов либо недобросовестных квалифицированных юристов. Если от первых ждать правовой помощи не приходится по объективным причинам, то главная задача вторых – не оказать оперативно помощь клиенту за разумную плату, а максимально его «раскрутить», взыскав с него побольше денег. Тем более, что, как известно, размер вознаграждения представителя в судебном процессе нельзя поставить в прямую зависимость от конечного решения суда.

Если бы была возможность обратиться потенциальному истцу или истцу в начале судебного процесса к медиатору-юристу, который бы объяснил, чем чреват предстоящий процесс в плане временных, денежных и иных затрат, какие экспертизы возможно предстоит провести, какова вероятность удовлетворения иска, какие решения судами выносятся по аналогичным делам, возможно было решить ряд задач. Прежде всего, это позитивно бы сказалось при заключении медиативного соглашения, позволило бы в определенной степени уменьшить число споров в судах, укрепить доверие к процедуре медиации со стороны граждан, сохранить нормальные отношения между членами семьи. Не секрет, что после длительного судебного процесса стороны нередко становятся непримиримыми врагами, а в семейных отношениях это недопустимо, поскольку разрешением данного спора правовая

связь между членами или бывшими членами семьи чаще всего не прерывается. Между ними в будущем могут возникнуть и алиментные, и жилищные, и наследственные и иные правоотношения.

Кроме введения процедуры судебной медиации целесообразно было внести следующие изменения в закон.

1. Медиаторами могут быть только лица с высшим юридическим образованием, прошедшие соответствующую подготовку, в том числе судьи, адвокаты и нотариусы.

2. Неотъемлемой частью медиативного соглашения должно стать приложение-консультация, где медиатор в письменной форме излагает суть спора, необходимость проведения экспертиз, представления иных доказательств, ориентировочно оценивает возможные судебные издержки сторон, со ссылкой на нормы права и соответствующие постановления высших судебных органов страны дает прогноз возможному судебному решению по данному спору.

3. Медиативное соглашение имеет силу исполнительного листа.

4. В спорах, участниками которых являются члены семьи или бывшие члены семьи, процедура медиации является обязательной.

5. Если процедура медиации является обязательной в силу закона, а также в случаях, когда одна сторона предложила обратиться к медиатору, а другая сторона спора отказалась от указанной процедуры, на сторону, уклонившуюся от участия в процедуре медиации суд вправе возложить затраты по проведению медиации, если уклонившаяся сторона спор в суде проиграла.

¹ *Собрание законодательства РФ*. 2010. №31, ст. 4162.

² *Загайнова С.К.* Современные проблемы и перспективы развития практической медиации в России // Носырева Е.И. Основные направления развития медиации в Российской Федерации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование. С. 14.

³ *Носырева Е.И.* Основные направления развития медиации в Российской Федерации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. статей / под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. Москва-Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. С. 9.

⁴ *Панова И.В.* Медиация: проблемы и пути их решения // Вестник ВАС РФ. 2011. №10. С. 75.

⁵ *Лисицын В.В.* Медиация: примирительное урегулирование коммерческих споров в России (прошлое и настоящее, зарубежный опыт). М.: Радунца, 2010. С. 92–93.

⁶ *Об альтернативных методах разрешения споров и их значении в условиях гражданского общества: Интернет-интервью с В.Ф. Яковлевым, советником Президента Российской Федерации, доктором юридических наук, профессором права, и Ц.А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права.* URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/yakovlev3.html>.

⁷ *Яковлев В.Ф.* Перспективы развития медиации в России // Медиация и третейское разбирательство: Материалы региональной научно-практической конференции (5–6 октября 2011 г.). Самара, 2011. С. 61.

Е.Г. Комиссарова

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

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОРИЕНТИРЫ В УЧЕНИИ О ДИФФАМАЦИИ

Теоретические споры о путях познания того или иного явления гражданско-правовой действительности не столь уж частое явление для цивилистической науки. Однако время вносит свои коррективы, благодаря которым «методологическая амнезия» постепенно покидает правоведение в целом и отдельные его отрасли. Все больше и больше исследователей рефлексировать на методологию как разновидность интеллектуальных технологий, включающих набор средств и способов, необходимых для изучения того или иного правового феномена. Несмотря на всю ее умозрительность, методологию постепенно начинают выделять, понимая, что не выбрав подхода, уровня исследования, не определив его связь с общетеоретическим постулатами, не ориентируясь на практику правоприменения и правореализации, исследование обречено на невостребованность, которая на просторах современного научного пространства обозначается через «РИНЦевское забвение» и «бесхиршевое существование».

Однако следует признать, что не всем правовым явлениям так повезло – слой современных правовых понятий достаточно велик и часть явлений продолжают исследоваться без должных методологических ориентиров. В числе таких институт защиты личных нематериальных благ, получивший в последнее десятилетие новые «одежды» под названием диффамация.

Не будем абсолютизировать значение методологических постулатов самих по себе, все-таки их роль по отношению ко всяким теоретико-правовым вопросам в большей степени служебная. Но и игнорировать методологический регламент небезопасно – кроме нежелательной мягкости правового языка возникает и другой, не самый желательный эффект, в виде логически безграничного подхода к исследуемому вопросу. Собственно сегодня это и происходит сегодня по поводу диффамационного учения.

Неоднократно озвученные в разноотраслевой юридической литературе сведения, несут в себе информацию о том, что понятие «диффамация» появилось в российском правовом обороте в XIX в. для обозначения сведений, позорящих честь кого-либо в печати. Речь шла не только о лицах физических, но и лицах юридических. Диффамация имела сугубо уголовно-правовую принадлежность, поскольку для гражданского права этого исторического периода были значимы лишь имущественные отношения, а потому гражданское законодательство XIX в. не знало специальных способов защиты чести и достоинства. Как было записано в Уголовном уложении о наказаниях (ст. 1039), диффамация – это оглашение в печати о частном или должностном лице, обществе или установлении, такого обстоятельства, которое может повредить их чести, достоинству или доброму имени.

Лишь в 1964 г. в ГК РСФСР была впервые введена статья 7 «Защита чести и достоинства». В соответствии в этой нормой, гражданин или организация вправе требовать по суду опровержения порочащих честь и достоинство сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности. Согласно части 2 этой же статьи, сведения распространенные в печати, в случае несоответствия их действительности, должны быть опровергнуты также в печати. Это, безусловное для гражданского законодательства, новшество не означало восстановления диффамационной теории в советском законодательстве, так как само понятие «диффамация» еще долгое время находилось в разряде «буржуазных». В оборот уже российской юриспруденции оно вернулось лишь в 90-х. годах XX в.

Сегодня диффамация становится ординарным явлением, как в научном, так и в обыденном обороте. Но следует признать, что содержательное наполнение этого явления оказалось очень нечетким. Так обычно бывает с юридическими терминами их обозначающими, которые по воле истории ушли в небытие, а затем вернулись в российское правовое пространство через Европейский континент. Будучи часто употребляемыми, но не имеющими внутриотраслевого законодательного «приюта», они, чаще всего, оказываются маловедомыми с точки зрения их истинных внутрисмысловых границ. Итогом такого положения является то состояние доктринального пространства, при котором диффамационная теория испытывает колебания за счет комбинации уже известных идей и инвентаризации накопившихся в доктрине, уже достаточно многочисленных, определений диффамации. В связи с этим пришло время обратиться к методологическим истокам вопроса, то есть увидеть те необходимые вешки, на которые эта теория должна опираться.

Одним из ориентиров для российской правовой доктрины в диффамационной теории стала практика Европейского суда по правам человека, в которой весьма часто употребляется термин «диффамация». Факт этот общеизвестен. Между тем малоизвестен тот факт, что термин «диффамация» здесь употребляется в виде так называемого «автономного понятия», приспособленного под цели ратифицированной Российской Федерацией Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Федеральный закон от 30 марта 1998 г. №54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней»). Объем и содержание таких «автономных понятий» Европейский Суд определяет, основываясь на целях и задачах указанной Конвенции. Главная особенность таких понятий – их семантическая независимость от национального законодательства участников спора. В числе таких автономных понятий в практике Европейского Суда встречаются понятия «семейная жизнь», «жертва», «жилище», которые напрямую, т.е. дословно с национальным законодательством не связаны. Выработав какое-либо «автономное понятие», суд при необходимости использует его, рассматривая каждое последующее аналогичное дело. Подобный (автономный) контекст использования понятия «диффамация» в практике Европейского Суда должен учитываться российской правовой доктриной при опоре на этот - наднациональный уровень законодательства.

Однако данный вывод – не единственно значимый для методологического регламента момент, относящийся к современному диффамационному учению.

Весьма значимым для исследования диффамации является и тот факт, что в зарубежной литературе любые диффамационные течения привязаны исключительно к *гражданско-правовым способам* защиты чести и достоинства. Это естественное следствие того, что диффамационное учение за рубежом сегодня получило свое развитие за счет прекращения применения уголовного наказания за

диффамацию и переходом диффамационной терминологии исключительно в гражданско-правовое поле. Нормы упоминавшейся выше Конвенции о защите прав человека и основных свобод призывают все государства отыскать тот разумный взвешенный баланс, который необходим всякому правому государству при решении вопроса о том, под юрисдикцию каких норм – уголовно-правовых, административных или гражданско-правовых, и в каких случаях должны попадать правонарушения, связанные с ущемлением чести и достоинства. Постановка вопроса именно в таком ракурсе соответствует современной международной практике, выраженной в позициях Европейского Суда по правам человека, придерживающегося в этом вопросе использования сугубо гражданско-правовых мер и способов защиты, и призывающего к декриминализации проблемы, связанной с нарушением и защитой личных нематериальных благ. Все это говорит в пользу того, что теория диффамации должна обрести в итоге гражданско-правовую принадлежность, а не комплексный характер с уклоном в сферу публично-правового регулирования.

О теории комплексности применительно к теории диффамации хотелось бы сказать отдельно. Сегодня данные теории весьма востребованы, так как именно в них немалое число исследователей ищут спасения, если признаки изучаемого явления или процесса отыскиваются в разных областях права. Обращение же к диффамационной теории через призму международных правовых ценностей, не предполагает использования концепции «комплексности». Она может и должна быть жизнеспособной только в сфере гражданско-правового регулирования, а не уголовно-правового или административно-правового регулирования. К тому же диффамационные деликты имеют значительное число (гражданско-правовых) особенностей. Эти особенности связаны не только с необходимостью каждый раз решать коллизию между правом на защиту чести и достоинства, с одной стороны, и правом на свободу слова – с другой. Свое начало они берут от субъекта, инициирующего защиту личных нематериальных благ, впоследствии включаются характеристики вины, как правило, не требующие учета ее форм в сфере гражданско-правового регулирования. Значимыми для гражданско-правовой сферы становятся различия между сведениями ложными и сведениями порочными, не менее особенным оказывается смещение бремени доказывания факта соответствия распространения сведений на ответчика и др.

Есть и еще один – уже четвертый, методологический ориентир, относящийся к теории диффамации. Он заключается в известном правиле «Бритвы Окамма», основанном на запрете лишних понятий, если явление уже описано другим понятием. Иное может привести к ненужной ломке устоявшихся юридических формул. Применительно к диффамационному учению это означает, что бытийная основа самого понятия «диффамация» всего лишь логическая, а не законодательная. В законодательной области уже есть устоявшиеся нормативные понятия в виде таких как «личные нематериальные блага» и «защита личных неимущественных прав гражданско-правовыми способами». Это обязывает всякий раз соотносить логическое понятие «диффамация» с его истинным законодательным наполнением. Именно к этому наполнению должны быть привязаны современные диффамационные течения. В противном случае в диффамационной теории ведущим окажется внеотраслевой феноменологический подход, при котором усилия исследователя направляются не на смысл и юридическое наполнение диффамации, ее границы, а на сам термин. Надо ли говорить насколько бесполезно такое учение для разных видов юридической практики. И это при том, что вопрос о личных нематериальных благах продолжает обрастать новыми ответвлениями, которые незамедлительно нуждаются в исследовании с учетом новейших социальных и законодательных реалий.

Д.Б. Коротков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРИЗНАКИ И ПРИНЦИПЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

Следует отличать *признаки* представительства от его *принципов*, поскольку это разноплоскостные характеристики одного правового института. Под признаками следует понимать квалифицирующие характеристики, совокупность которых позволяет выделять представительские отношения в особую группу. Принципами являются основополагающие начала правового регулирования данного правоотношения.

Признаки представительства, в равной мере относящиеся ко всем его формам, закреплены в ст.182 Гражданского кодекса РФ¹, где представительство определяется как сделка, совершенная од-

ним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, которая непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого. Таким образом, законодатель выделяет следующие общие признаки, относящиеся ко всем формам представительства:

- 1) это правомерное действие, направленное на возникновение конкретных юридических последствий;
- 2) совершается в интересах представляемого в отношении третьих лиц и с уведомлением последних о соответствующем характере действия;
- 3) направлено на порождение правового результата непосредственно для представляемого;
- 4) имеет в качестве объекта любые юридически значимые действия, за исключением тех, которые по своей природе могут быть совершены только лично².

В теории гражданского права общие признаки представительства получили достаточно широкое освещение³ и по этой причине подробно раскрываться не будут.

Однако вытекающие из содержания и смысла ст.182 ГК РФ признаки представительства не охватывают всего многообразия и специфики его форм. Сложившийся в науке традиционный подход к признакам представительства, исходит из их выделения исключительно по отношению к представителю *в целом* как правоотношению. С указанным сложно согласиться. Считаем, что помимо общих универсальных признаков представительства существуют также признаки, присущие лишь определенным его формам (специальные признаки).

К числу специальных признаков представительства, относящихся ко всем его формам за исключением представительства в силу закона, где воля представляемого не является юридически значимой при выборе кандидатуры представителя, необходимо отнести, в частности, *рисковый характер* правоотношения представительства.

По нашему мнению, данный признак вытекает из выделявшегося в отечественной науке⁴ и в зарубежном праве⁵ другого признака представительства – лично-доверительного (фидуциарного) характера представительского правоотношения, который предполагал необходимость взаимного доверия участников друг другу. Как отмечал О.С. Иоффе, каждое правоотношение предполагает доверие между участниками, однако в правоотношениях фидуциарных оно приобретает особо значимое свойство⁶.

Признак рисковости правоотношения представительства налагает на его стороны определенные обязательства. Представляемый, вступая в отношение с представителем, должен учитывать, что от порядочности и добросовестности последнего⁷ во многом будет зависеть юридическая судьба самого представляемого, поскольку действия представителя порождают правовой результат для представляемого.

Отсутствие прямого указания в законе на рисковый характер правоотношения представительства, не умаляет значения данного признака на практике, поскольку признаки правоотношения в первую очередь вытекают из его природы и лишь после этого фиксируются законодателем⁸.

Выделение такого признака правоотношения представительства как его рисковый характер объясняется необходимостью соблюдения баланса интересов сторон данного правоотношения. Представляемый всегда вступает в правоотношение представительства (за исключением представительства в силу закона) по своей воле и несет в связи с этим риск наступления неблагоприятных последствий выбора той или иной кандидатуры представителя. Непризнание данного признака позволит представляемому получить объем защиты неадекватный существу правоотношения, в которое он вступил, нарушит баланс гражданского оборота и поставит добросовестных контрагентов в заведомо ущемленное положение.

Таким образом, признание такого специального признака договорной формы представительства как "рисковый характер" позволит дифференцированно подходить к разрешению споров между представляемым и представителем относительно существа совершенных во исполнение поручения действий. Данная дифференциация будет строиться на основе недопустимости признания недействительными действий, совершенных представителем от имени и за счет представляемого в ситуации, когда представляемый не согласен с их результатом, ссылаясь при этом на личные качества представителя.

¹ *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. от 30 нояб. 1994 г. №51-ФЗ (ред. от 05.05.2014) // Собр. законодательства Рос. Федерации, 1994. №32, ст. 3301.*

² Признак невозможности совершения посредством представителя юридически значимых действий, которые по своей природе могут быть совершены только лично объясняется тем, что представительство предполагает юри-

дически равнозначную замену представляемого в правоотношении с третьими лицами только в тех случаях, где правоотношение может быть унифицировано и не стоять в зависимости от личности субъекта, в него вступающего. Например, согласно п. 1 ст. 1064 ГК РФ все обязательства по возмещению вреда, причиненного здоровью человека или его имуществу, виновник обязан исполнять лично.

³ *Андреев В.К.* Представительство в гражданском праве: учеб. пособие для вузов. Калининград: Изд-во КГУ, 1978; *Невзгодина Е.Л.* Представительство по советскому гражданскому праву. Томск: Изд-во ТГУ, 1980; *Орешин Е.И.* Договоры о представительстве в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук М., 2007. (Из фондов Российской государственной библиотеки). URL: <http://www.diss.rsl.ru.>; *Рясенцев В.А.* Представительство и сделки в современном гражданском праве. М.: Статут, 2006; *Сергеева-Левитан М.В.* Коммерческое представительство как юридическая конструкция в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008 (Из фондов Российской государственной библиотеки). URL: <http://www.diss.rsl.ru.>

⁴ См., например: *Сергеева-Левитан М.В.* Коммерческое представительство как юридическая конструкция в гражданском праве [Электронный ресурс]: дис. ... канд. юрид. наук – Екатеринбург: РГБ, 2008 (Из фондов Российской Государственной Библиотеки). URL: <http://www.diss.rsl.ru.> С. 70.

⁵ Аналогичный признак закреплен правом англо-саксонской семьи, где представительство (agency) является фидуциарным отношением, в силу которого одно лицо соглашается действовать от имени и под контролем другого. *Гражданское и торговое право зарубежных стран: учеб. пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского.* М.: МЦФЭР, 2004. С. 212.

⁶ *Советское гражданское право: в 2 т. / под ред. О.С. Иоффе, Ю.К. Толстого, Б.Б. Черепахина.* Л.: Изд-во ЛГУ, 1971. Т. 2. С. 208.

⁷ Презумпция добросовестности представителя в данном случае ставит представляемого в сложное положение, когда обязанность доказывания обратного будет лежать на нем.

⁸ На это указывал еще Карл Маркс, утверждая, что законодатель подобен естествоиспытателю, который не сочиняет законы, а открывает их в общественной жизни. *Маркс К., Энгельс Ф.* Сочинения. Т. 1. С. 359.

Д.С. Ксенофонтова

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ИНСТИТУТ АЛИМЕНТИРОВАНИЯ В СВЕТЕ КОНЦЕПЦИИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СЕМЕЙНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В настоящее время научная общественность постепенно вовлекается в процесс обсуждения проекта Концепции совершенствования семейного законодательства (далее – Концепция)¹, подготовленной в рамках реализации Указа Президента Российской Федерации от 1 июня 2012 года №761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы»². В свою очередь, назвать данный документ концепцией представляется возможным лишь с некоторой долей условности, поскольку он не отвечает требованиям, предъявляемым к такого рода изысканиям, а представляет собой фрагментарное изложение предлагаемых изменений и дополнений к соответствующим нормативным правовым актам.

Не отрицая необходимости совершенствования семейного законодательства, позволим себе не согласиться с тезисом о его «отсталости» и неспособности регулировать семейные отношения (с. 4–5 Концепции), а также с отрицательной оценкой Семейного кодекса Российской Федерации³ в качестве видоизмененного Кодекса о браке и семье РСФСР 1969 года⁴ (с. 3 Концепции). Безусловно, действующий СК РФ вобрал в себя отдельные положения прежнего законодательства, но исключительно по той причине, что они были проверены временем⁵.

При этом приходится констатировать недостаточное внимание разработчиков проекта Концепции к институту алиментирования. На наш взгляд, важным направлением совершенствования положений семейного законодательства об алиментных обязательствах является модернизация системы правовых гарантий осуществления и защиты права на получение содержания, а также исполнения соответствующей обязанности.

Значительная роль в формировании системы правовых гарантий семейных прав принадлежит принципам семейного законодательства. В проекте Концепции указывается обоснованность увеличения их числа, а также обособления в рамках специальной главы (с. 7 Концепции). Некоторое отношение к алиментным обязательствам имеет, пожалуй, лишь принцип «презумпции добросовестного осуществления родительских прав», что на фоне формулирования новых принципов в судебной практике представляется явным упущением. Думается, что есть основания для закрепления принципа обеспечения баланса интересов сторон алиментного правоотношения, на который неоднократно об-

растал внимание Конституционный Суд Российской Федерации⁶. Тем не менее вряд ли заслуживает поддержки намерение выделить отдельную главу, посвященную принципам, поскольку это представляется излишним.

Одним из направлений совершенствования семейного законодательства является также разработка категориального аппарата и закрепление его в отдельной статье СК РФ (с. 7–8 Концепции). Применительно к институту алиментирования можно отметить неопределенность содержания таких понятий, как «нуждаемость» и «нетрудоспособность», которая влечет сложности при реализации соответствующих норм СК РФ. В свою очередь, данная проблема не нашла отражения в проекте Концепции. Напротив, предлагается закрепить определения иных, преимущественно оценочных категорий, коими изобилует семейное законодательство. Однако существование таких категорий не представляет собой негативного явления, которое необходимо искоренить, оно обусловлено спецификой предмета и метода семейно-правового регулирования. Кроме того, в отношении нуждаемости и нетрудоспособности, на наш взгляд, достаточным является исключительно установление их критериев.

Проект Концепции затрагивает применение процедуры медиации по спорам, возникающим в семейных правоотношениях (с. 6, 8 Концепции). Не вызывает сомнений необходимость учета специфики последних. Однако острой является не столько проблема обязательности данной процедуры при разрешении семейно-правовых конфликтов, что вообще противоречит сущности медиативной процедуры, сколько отсутствие системы правовых гарантий семейных прав в случае ее применения. Так, при урегулировании споров, вытекающих из алиментных обязательств, остаются открытыми вопросы о правовой природе медиативных соглашений, возможности применения к ним главы 16 СК РФ, обязательности соблюдения императивных норм, пределах свободы формирования условий таких соглашений, допустимости и пределах контроля медиатора за их содержанием и др. От ответов будет зависеть степень правовой гарантированности права на получение содержания.

Ряд предлагаемых изменений касается семейно-правовых договоров, а именно – формирования своего рода общей части семейного договорного права, а также содержания брачного договора (с. 8 Концепции). Тем не менее отдельного внимания требуют положения СК РФ о соглашении об уплате алиментов. Целесообразной представляется унификация правового регулирования алиментных отношений независимо от формализации их посредством алиментного соглашения или судебного решения, которая повлечет выравнивание объема правового гарантирования.

В проекте Концепции отмечается также необходимость совершенствования положений о семейно-правовой ответственности (с. 8 Концепции). В частности, предусматривается ужесточение ответственности за неуплату алиментов на детей путем введения специальных мер ответственности (например временного лишения специальных прав). При этом думается, что назрела необходимость проработки норм об ответственности за ненадлежащее исполнение соглашения об уплате алиментов, устранения межотраслевой коллизии между семейным и уголовным законодательством, предусматривающим ответственность исключительно в случае неуплаты алиментов по судебному решению, а также нормативного закрепления запрета на уменьшение неустойки, предусмотренной п. 2 ст. 115 СК РФ или алиментным соглашением, на основании ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации⁷ и др.

Проект Концепции включает в себя также перечень конкретных предложений по совершенствованию семейного законодательства. Отдельные из них заслуживают поддержки и могут быть оценены позитивно (например предложения об установлении минимального размера алиментов на несовершеннолетних детей, закреплении права отца на получение алиментов от супруги в течение трех лет со дня рождения ребенка). Некоторые же предложения требуют конкретизации. В частности, не совсем понятно, что из себя представляет регрессивная шкала определения размера алиментов, для чего расширять перечень обстоятельств, при наличии которых возникает обязанность участия в несении дополнительных расходов, если он носит открытый характер и т.д.

Не менее важным аспектом является согласование направлений совершенствования семейного законодательства с положениями Концепции развития гражданского законодательства⁸, затрагивающими отдельные вопросы правового регулирования семейных отношений (в частности проблема новации алиментных обязательств).

Вышесказанное позволяет констатировать фрагментарный характер предложений по совершенствованию семейного законодательства в части института алиментирования, что обуславливает необходимость их последующего фундаментального осмысления и научного обсуждения.

¹ *Проект* Концепции совершенствования семейного законодательства. URL: http://nra-russia.ru/akademiya_rekomendacii/koncepciya-sovershenstvovaniya-semejnogo-zakonodatelstva.

² О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы: указ Президента Российской Федерации от 1 июня 2012 года №761 // СЗ РФ. 2012. №23, ст. 2994.

³ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 года №223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №1, ст. 16.

⁴ Кодекс о браке и семье РСФСР от 30 июля 1969 года // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1969. №32, ст. 1397.

⁵ См.: Шелютто М.Л. Концепция развития семейного законодательства // Концепции развития российского законодательства. М.: Эксмо, 2010. С. 555.

⁶ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 июля 2010 года №17-П «По делу о проверке подпункта «з» пункта 2 Перечня видов заработной платы и иного дохода, из которых производится удержание алиментов на несовершеннолетних детей в связи с жалобой гражданина Л.Р. Амаякяна» // СЗ РФ. 2010. №31, ст. 4297.

⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. №32, ст. 3301.

⁸ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. №11.

О.А. Кузнецова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПОНЯТИЕ НЕЗНАЧИТЕЛЬНОСТИ НАРУШЕНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Категория «незначительность» используется в гражданском праве в нескольких значениях.

Во-первых, через незначительность определяется количественная характеристика размера чего-либо. Так, в силу ст. 252 ГК РФ в случаях, когда доля собственника *незначительна*, не может быть реально выделена и он не имеет существенного интереса в использовании общего имущества, суд может и при отсутствии согласия этого собственника обязать остальных участников долевой собственности выплатить ему компенсацию. Доказательства и оценка судом незначительности доли в праве общей собственности важна для правильной квалификации ситуации и являются условиями удовлетворения соответствующего иска. При этом в законодательстве понятие «незначительность доли» не определяется, является оценочным, устанавливается судом с учетом конкретных фактических обстоятельств дела. Однако в отличие от общенаучного понимания незначительности в количественном значении, незначительность доли, как правило, связана не с небольшой цифрой (15,5 или 1 кв. м. помещения), а с невозможностью ее обладателя использовать соразмерную часть имущества, находящегося в общей собственности.

Во-вторых, незначительность применяется для оценки гражданского правонарушения. Например, согласно п. 2 ст. 348 ГК РФ обращение взыскания не допускается, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне *незначительно* и размер требований залогодержателя явно несоизмерен стоимости заложенного имущества. Если не доказано иное, предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне *незначительно* и размер требований залогодержателя явно несоизмерен стоимости заложенного имущества при условии, что одновременно соблюдены следующие условия:

1) сумма неисполненного обязательства составляет менее чем пять процентов от размера оценки предмета залога по договору о залоге;

2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее чем три месяца.

В ГК РФ используется термины «незначительная просрочка» (п. 3 ст. 348) и «незначительные нарушения порядка составления, подписания или удостоверения завещания» (ст. 1131).

Несмотря на то, что нормативно урегулирована незначительность просрочки только при обращении взыскания на заложенное имущество, правоприменители активно используют *незначительность нарушения* как достаточно универсальную категорию, в частности, как основание для уменьшения размера неустойки по различным видам договоров. Суды оценивают на предмет «значительности–незначительности» нарушения, допущенные при проведении торгов, при оценке оснований для признания выпуска ценных бумаг недействительным и в других случаях.

В институте гражданско-правовой ответственности термин незначительность как синоним понятия малозначительности, широко известное общей теории права и публично-правовым отраслям права (ч. 2 ст. 14 УК РФ, ст. 2.9 КоАП РФ).

Категория *малозначительные нарушения* используется в п. 3 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 августа 2004 г. №84 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами статьи 61 Гражданского кодекса Российской Федерации», в котором установлено, что «юридическое лицо не может быть ликвидировано, если допущенные им нарушения носят *малозначительный* характер или вредные последствия таких нарушений устранены».

При этом, в отличие от публично-правовых наук, категория незначительности (малозначительности) правонарушения практически не исследована в праве гражданском. Безусловно, при ее цивилистической разработке должны учитываться теоретические достижения административного и уголовного права путем применения межотраслевого метода познания правовых явлений.

В п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 г. №10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» дано разъяснение: при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительным правонарушение признается при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не свидетельствуют о малозначительности правонарушения.

Большое значения для раскрытия сущности малозначительного правонарушения имеет толкование, данное Верховным судом РФ в п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24.03.2005 г. №5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не являются обстоятельствами, характеризующими малозначительность правонарушения. Они в силу частей 2 и 3 статьи 4.1 КоАП РФ учитываются при назначении административного наказания.

Таким образом, главный признак малозначительного правонарушения в административном праве – это отсутствие *существенности* нарушения. Существенность нарушения тоже оценочное понятие, раскрываемое через такие характеристики, как 1) характер правонарушения; 2) роль правонарушителя; 3) размер вреда; 4) тяжесть последствий.

Однако в гражданском праве важно учитывать, что ответственность может иметь либо компенсационный характер (убытки), либо штрафной (неустойка, потеря задатка). При применении компенсационной ответственности малозначительность нарушения не может привести к освобождению от санкции. Причиненный вред в размере 10 рублей может быть истребован потерпевшим в порядке гражданского судопроизводства.

Так, Н. был признан виновным в том, что он ночью незаконно проник в библиотеку и похитил там принадлежавшие Р. две пары ножниц. Эти действия были квалифицированы как тайное хищение чужого имущества, совершенное с незаконным проникновением в помещение. ВС РФ отменил такое решение и указал, что поскольку ножницы не представляют материальной ценности, то они не могут быть предметом хищения. Дело было прекращено не в связи с малозначительностью, а в связи с отсутствием состава преступления (определение Верховного Суда РФ от 26 июня 2008 г. по делу №9-Дп08-11).

Однако если потерпевшая предъявит гражданский иск о взыскании стоимости ножниц, то он должен быть удовлетворен.

В сфере штрафной гражданско-правовой ответственности малозначительность нарушения должна найти свое нормативное закрепление, например, в главе 25 ГК РФ, посвященной ответственности за нарушение обязательств.

О МНОЖЕСТВЕННЫХ СУБЪЕКТАХ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

В ГК РФ предусмотрено много случаев множественности субъектов, так или иначе объединенных (например, общей целью, общим имуществом) и предстающих по отношению к остальным субъектам в виде некоего единого сложного единства (квази-лица, квази-субъекта):

1) в отношениях собственности (статика) – это сособственники (как долевые, так и совместные) – гл. 16 ГК РФ;

2) в отношениях по поводу интеллектуальной собственности – соавторство п. 4 ст. 1228 и др. ГК РФ;

3) в обязательствах – множественность (долевая и солидарная) – ст. 321-326 ГК РФ.

Как видим, множественность наблюдается во всех группах отношений, образующих предмет гражданского права. Вместе с тем эти «коллективы» не выступают в качестве самостоятельного субъекта гражданских прав. Пока в качестве таковых признаны только корпоративные юридические лица. При этом в основе всех этих объединений лежат общие законы, требующие теоретического объяснения и учет которых будет способствовать формированию эффективного законодательства.

Итак, множественные субъекты возникают при объединении лиц, обладающих одной вещью, при активной или пассивной множественности в обязательстве, при соавторстве. Эти отношения на первый взгляд разные по природе, однако общее, что их объединяет, – это необходимость совместной деятельности. На это либо прямо указывает законодатель, либо это очевидно следует из существа отношений. Так, учредители организации должны установить в своем решении порядок, размеры, способы и сроки образования имущества юридического лица (п. 3 ст. 50.1 ГК РФ)¹. В отношениях общей собственности владение и пользование имуществом осуществляется по соглашению всех ее участников (ст. 247 ГК РФ), что также предполагает совместную деятельность (хотя бы по достижению этого соглашения). Требуется координация их деятельности и при распределении доходов и несении расходов (ст. 248, 249 ГК РФ). В совместной собственности такое согласие предполагается, но опять-таки вытекает из брака (которое является соглашением, хоть и семейно-правовым). Соавторство также предполагает осуществление совместной деятельности по созданию произведения – совместного творческого труда (п. 1 ст. 1258 ГК РФ). Даже солидарность ответственности лиц, совместно причинивших вред, следует из их пусть и незаконного, но соглашения, целью которого была та или иная деятельность, приведшая к причинению вреда. Поэтому долевой является ответственность лиц, деятельность которых в совокупности стала причиной вреда, хотя и не будучи совместной (например, последовательные ошибки, совершенные разными врачами).

Очевидно, что в результате объединения разных субъектов вокруг некоего объекта (например, имущества; будущего произведения), возникает их система, подчиняющаяся соответствующим законам развития систем: для них характерна координация, необходимость сохранения системы (пусть на более или менее длительный срок), а также диссоциация, которая следует из индивидуальных социально-экономических целей лиц, объединенных в эту систему.

Если исключить нематериальную составляющую в соавторстве (которая, собственно говоря, и не регулируется нормами гражданского права), то все упомянутые выше договоры соответствуют модели договора о совместной деятельности, который предполагает внесение вкладов. Так, вполне возможна предварительная оценка соавторами своих нематериальных вкладов в создание произведения с соблюдением правил ст. 161 ГК РФ о форме сделки.

Однако совместная деятельность может осуществляться и по поводу уже существующего имущества (в т.ч. исключительного права). Если договор «с вкладами» нашел отражение в ГК РФ, то «безвкладные» договоры не имеют типовой модели. Очевидно, что здесь принцип свободы договора будет позволять заключать их, что невозможно в отношении обязательственных договоров.

Сказанное позволяет сделать вывод о возможности выделения модели некоего общего договора о совместной деятельности с более широким содержанием, чем предусмотрено в отношении договора о совместной деятельности (глава 55 ГК РФ). Такая модель будет охватывать все названные выше виды договоров по поводу совместной деятельности, поскольку их стороны имеют не противоположные как в обязательствах, а скоординированные цели².

Координационным договорам противопоставляются договоры субординационные, из которых возникают обязательства. Природа отношений, лежащих в их основе, совершенно иная – совершить акт товарного обмена. Если корпоративные договоры направлены на создание более-менее устойчивого сообщества, бесконечно существующих обязательств принципиально быть не может, что объясняется необходимостью совершения акта экономического обмена.

Таким образом, можно выделить две группы гражданско-правовых отношений – координационные и субординационные. Соответственно им делятся гражданско-правовые договоры. Практическое значение такой классификации заключается в правильной квалификации договорных отношений, что требует применение строго определенных правил. Так, видится невозможным обязательство (соответственно обязательственный договор) по поводу совместной деятельности, в том числе по внесению вкладов, поскольку отношения эти координационные, а не субординационные. Поэтому неудачной является попытка авторов Концепции развития гражданского законодательства изменить ст. 307 ГК РФ, включив в легальное определение обязательства обязанность «внести вклад в совместную деятельность»³. К сожалению, в действующем законодательстве мы видим примеры уже принятых подобного рода норм. Это, в частности, неудачно сформулированная конструкция акционерного соглашения, предусмотренного ст. 32.1 Федерального закона «Об акционерных обществах». Хотя законодатель попытался в легальном определении придать этому соглашению вид «обязательственного»⁴, обязательства из него не возникнет, поскольку не представляется возможным определить круг лиц, которые будут на стороне кредитора или должника. Существование таких соглашений крайне сомнительно, если учитывать общий запрет на сделки, ограничивающие право- и дееспособность граждан (ст. 22 ГК РФ), хоть и допускающий такие ограничения по закону. Однако нельзя придавать договорам, предназначенным для регулирования отношений одной группы, черты другой, и подобные нормы противоречат сути гражданско-правового регулирования.

¹ В утратившей силе норме п. 2 ст. 52 ГК РФ было прямо указано, что в учредительном договоре юридического лица должен быть определен порядок *совместной деятельности* учредителей по созданию своей организации. В любом случае очевидно, что суть решения об учреждении юридического лица (которое вполне подпадает под определение договора ст. 420 ГК РФ) не изменилась – участники должны скоординировать свои действия.

² Поэтому придание договору простого товарищества «вида» обязательственного некорректно, противоречит его природе. Изменения, предполагаемые в ст. 307 ГК РФ в части обязательства внести вклад, не имеют под собой достаточных теоретических оснований.

³ *Проект* Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в I чтении 27.04.2012) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ По акционерному соглашению, его стороны обязуются осуществлять определенным образом права, удостоверяемые акциями, и (или) права на акции и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав.

А.Н. Левушкин, И.С. Данилова

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА О ПРИЕМНОЙ СЕМЬЕ

В юридической науке нет единого мнения относительно правовой природы, сущности и отраслевой принадлежности договора о приемной семье. По мнению А.В. Баркова, «одной из причин дискуссий по данному вопросу явились крайне противоречивые многочисленные нормативно-правовые акты, регулирующие отношения по устройству детей, нуждающихся в попечении»¹.

Договор о приемной семье необходимо рассматривать с различных правовых позиций. Полагаем, что данный договор является соглашением (делкой); правоотношением; основанием возникновения прав и обязанностей (юридическим фактом); юридическим документом.

По мнению О.В. Фетисовой, под договором о передаче ребенка на воспитание в приемную семью следует понимать соглашение органа опеки и попечительства и гражданина (приемного родителя) о передаче ребенка (приемного ребенка), оставшегося без попечения родителей, в семью приемного родителя (приемную семью) на определенный срок за вознаграждение в виде ежемесячной заработной платы².

Необходимость разрешения вопроса о правовой природе договора о приемной семье диктуется тем, что в противном случае мы будем иметь дело с появлением правовых норм, неадекватно регули-

рующих соответствующие отношения. Кроме того, неправильное определение правовой природы договора приводит к правоприменительным ошибкам.

В юридической литературе сложилось достаточно много позиций (научных подходов) по определению отраслевой принадлежности договора о приемной семье (договора о передаче ребенка на воспитание в приемную семью).

Полагаем, что договор о приемной семье имеет «гибридную» правовую природу, поскольку он носит смешанный характер, являясь одновременно семейно - и гражданско-правовым договором.

Сторонники семейно-правовой природы рассматриваемого договора указывают на то, что договор о передаче ребенка в приемную семью не следует рассматривать как разновидность гражданско-правовых договоров³, поскольку исследуемый договор имеет свои особенности в силу своей специфики и целей. Поэтому источники, регулирующие правовое положение приемной семьи, не содержат отсылок к Гражданскому кодексу РФ⁴ (далее – ГК РФ) в отличие от норм о брачном договоре и соглашениях об уплате алиментов.

Не оспаривая семейно-правовую природу договора о приемной семье, вместе с тем следует признать, что эта точка зрения была высказана до внесения существенных изменений в Семейный кодекс РФ⁵ (далее – СК РФ) в 2008 г. В действующем СК РФ (ст. 152) указывается, что к отношениям, возникающим из договора о приемной семье, в части, не урегулированной СК РФ, применяются правила гражданского законодательства о возмездном оказании услуг. Несмотря на данное законодательное положение, считаем, что приоритетное значение имеют нормы семейного законодательства, в силу этого договор о приемной семье тяготеет к семейно-правовой природе.

Заслуживает внимания и вызывает значительный научный интерес высказанное в литературе следующее мнение: «В случае если наряду с гражданскими возникают права и обязанности, регулируемые нормами другой области права, то это полиотраслевой договор»⁶. Исходя из такой модели, А.В. Барков квалифицирует договор о приемной семье как полиотраслевой смешанный договор, однако поясняет, что термин «смешанный договор» более корректно применять при характеристике смешанного предмета договора в границах одной отрасли права. Применительно к различным отраслям права более точным будет применение термина «комплексный договор». Договор о приемной семье представляет собой полиотраслевой комплексный договор, состоящий преимущественно из гражданско-правовых и семейно-правовых элементов. Не исключено появление в данном договоре и публичных элементов в случае, если возникновение приемной семьи является основанием прав на социальную помощь и льготы, предусмотренные нормами права социального обеспечения в некоторых регионах РФ⁷.

Данное высказывание заслуживает поддержки. Однако, по нашему мнению, анализ различных точек зрения, относительно правовой природы договора о приемной семье позволяет сформулировать собственную позицию по данному вопросу. Считаем, что договор о приемной семье имеет смешанный комплексный характер.

Семейно-правовое договорное обязательство возникает из договора как сделки, элемента сложного юридического факта и представляет собой семейное правоотношение⁸. Неотъемлемыми признаками договора о приемной семье как правоотношения следует считать относительный и строго личный характер отношений между сторонами данного договора, которые заранее определены в семейном законодательстве. Договор о приемной семье устанавливает личные неимущественные, имущественные и организационные отношения субъектов данного договора. Договор о приемной семье как семейно-правовое договорное обязательство включает в себя не только самостоятельно существующие относительные правоотношения членов приемной семьи, но и семейные права и обязанности, которые включаются в состав более сложного по структуре семейного правоотношения, а именно договорного. Поэтому договор о приемной семье представляет собой семейно-правовую связь, возникающую при наступлении названных в семейном законодательстве юридических фактов, в силу которых одна сторона обязана совершить в пользу другой стороны определенные действия, а последняя вправе требовать их совершения. В договоре о приемной семье сочетается единство прав и обязанностей участников, установленных законом и договором.

Предлагаем изменить формулировку ст. 153.1. СК РФ и обозначить как «Понятие и содержание договора о приемной семье». Иными словами, в 1 данной статьи СК РФ необходимо установить законодательное понятие договора о приемной семье – это соглашение, т.е. семейно-правовая связь между приемными родителями и органом опеки и попечительства в пользу третьего лица – ребенка, имеющее организационный, относительный и строго личный характер, заключаемое на профессиональных, возмездных и срочных началах, направленное на регулирование личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей субъектов.

Итак, договор о приемной семье представляет собой семейно-правовую связь, возникающую при наступлении названных в семейном законодательстве юридических фактов (юридического состава), в силу которых одна сторона обязана совершить в пользу другой стороны определенные действия, а последняя вправе требовать их совершения.

¹ См.: Барков А.В. Институт приемной семьи в частном праве России: некоторые тенденции и перспективы развития // Гражданское право. 2010. №3. С. 43–44.

² См.: Фетисова О.В. Приемная семья как способ семейного воспитания детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Российской Федерации: автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 5.

³ См.: Фетюхин М.И., Кочеткова С.Ю., Фетюхин Ю.М. Приемная семья как форма опеки и попечительства. Волгоград, 2000. С. 5.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 05.05.2014, с изм. от 23.06.2014) // Собрание законодательства РФ. 1994. №32, ст. 3301.

⁵ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 №223-ФЗ (ред. от 31.01.2014 №1-П) // Собрание законодательства РФ. 1996. №1.

⁶ Барков А.В. Институт приемной семьи в частном праве России: некоторые тенденции и перспективы развития // Гражданское право. 2010. №3. С. 45.

⁷ См.: Барков А.В. Указ.соч. С. 45–46.

⁸ Звенигородская Н.Ф. Договорное семейное правоотношение: единство и дифференциация // Юрист. 2014. №1. С. 22.

И.А. Маньковский

Международный университет «МИТСО», г. Минск

ЮРИДИЧЕСКАЯ ГЕРМЕНЕВТИКА КАК СПОСОБ УЯСНЕНИЯ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОГО СМЫСЛА НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Современная система гражданского права построена таким образом, что применение гражданско-правовых норм сопряжено с необходимостью их изучения, адаптации к экономическим отношениям, фактически складывающимся в конкретный период экономического и политического развития общества и, в первую очередь, уяснения действительного смысла правовых норм, подлежащих применению для разрешения возникшего казуса, что является первостепенной задачей практической (догматической) цивилистики.

«Толкование, отмечает А.С. Пиголкин, – неотъемлемая часть процесса применения права <...>. Целью толкования <...>, как правило, является не просто абстрактное понимание смысла правовой нормы ради чисто академических целей, а познание ее для того, чтобы правильно на ее основе решать конкретные жизненные случаи»¹.

Практическая необходимость уяснения действительного смысла гражданско-правовой нормы в процессе ее применения во-первых, обусловлена тем обстоятельством, что субъекту правоприменительной деятельности норма гражданского права представлена в виде некоторого набора символов государственного языка, совокупность которых, соединенных в грамматические предложения, имеет определенное смысловое значение, подлежащее уяснению в процессе осуществления правоприменительной деятельности; во-вторых, буквальное словесное выражение правовой нормы не всегда соответствует ее действительному смысловому содержанию, что может быть обусловлено различными факторами, в том числе общими историческими условиями разработки правовой нормы, которые к моменту ее применения могли измениться, изменением экономических или политических условий развития общества, новыми подходами общества к пониманию того или иного общественного явления и многими другими факторами, что особенно отчетливо проявляется в нормах гражданского права; в-третьих, в нормативных правовых актах системы гражданского законодательства закреплены нормы-предписания (законодательные нормы), а споры о правах и обязанностях субъектов гражданского права разрешаются посредством применения норм-суждений или сложных условных логических суждений имплицативного типа, которые вырабатываются на основе подбора и анализа необходимой в конкретном случае совокупности законодательных норм. Следовательно, конкретный спор о праве гражданском разрешается посредством подбора и установления юридической силы подлежащих использованию норм-предписаний, расположения их в необходимой логической последовательности, уяснения действительного смысла каждой отдельно взятой нормы-предписания и последующего по-

строения на их основе одной нормы-суждения, которая и представляет собой модель поведения субъектов гражданского права, подлежащую применению.

Таким образом, процесс толкования правовых норм представляет собой мыслительную деятельность субъекта, применяющего правовую норму и в силу этого является неотъемлемой частью правоприменительной деятельности, способствует наиболее точному восприятию (уяснению) смысла правовой нормы, вложенного в нее законодателем, позволяет разрешить возникший спор о праве гражданском в полном соответствии с установленным гражданским правом. Процесс толкования заключается в познавательной деятельности человека, направленной на уяснение действительного смысла правовой нормы, вложенного в нее законодателем посредством применения разработанной юридической наукой методики толкования и в необходимых случаях разъяснения смысла правовой нормы иным участникам гражданских правоотношений. Вне рамок процесса толкования не представляется возможным процесс правоприменения, что обусловлено как минимум необходимостью прочтения правовой нормы с целью уяснения ее содержания, построения на этой основе предлагаемой государством модели поведения участников экономической деятельности и ее адаптации к конкретно сложившимся общественным отношениям.

Наряду с термином «толкование» правовых норм для обозначения процесса уяснения их действительного смысла в юридической науке используются такие термины, как «интерпретация», «юридическая герменевтика», или «экзегетика».

Главным процессом юридической догматики (практической цивилистики) выступает процесс уяснения смысла правовых норм, основой реализации которого является их толкование, под которым В.М. Сырых понимает познавательную деятельность, осуществляемую с целью установления содержания нормы права, изложенной в тексте нормативного правового акта².

Е.В. Васьковский под толкованием, или интерпретацией, понимает «совокупность приемов, применяемых к произведениям человеческого духа с целью понять их», а к задачам толкования относит необходимость «<...> воспроизвести те представления и понятия, которые связывал с данной нормой ее создатель»³.

На основе точек зрения, высказанных названными и другими учеными в разные периоды развития юридической науки, можно сделать вывод о том, что процесс толкования правовых норм представляет собой мыслительную деятельность субъекта, применяющего правовую норму и в силу этого является неотъемлемой частью правоприменительной деятельности, способствует наиболее точному восприятию (уяснению) смысла правовой нормы, вложенного в нее законодателем, позволяет разрешить возникший спор о гражданском праве в полном соответствии с установленным гражданским правом.

Таким образом, процесс построения умозаключения (категорического силлогизма), необходимого для разрешения спора о праве гражданском, основан на подборе и анализе норм-предписаний и применении совокупности методов толкования в процессе уяснения их действительного смысла, что позволяет выработать отдельные умозаключения, соединение которых в необходимую логическую цепочку позволяет сформулировать единое логическое суждение имплицитного типа о правах и обязанностях участников конкретного гражданско-правового отношения.

В целом на основании изложенного можно сделать обобщающий вывод о том, что действительный смысл применяемой правовой нормы в процессе ее интерпретации можно установить только в результате последовательного использования всей совокупности методов толкования (грамматического, систематического, логического и телеологического (целевого), применяемого в совокупности с историческим методом), в том числе и с учетом логики развития экономического оборота.

© Маньковский И.А., 2014

¹ *Пиголкин А.С.* Толкование нормативных актов в СССР. М.: Госюриздат, 1962. С. 26–27.

² *Сырых В.М.* Теория государства и права: учебник. М.: Юстицинформ, 2004. С. 122.

³ *Васьковский Е.В.* Цивилистическая методология: учение о толковании и применении гражданских законов. М.: Центр ЮрИнфоР, 2001. С.80–83.

О ГАРМОНИЗАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ ТЕХНИЧЕСКОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПИЩЕВОЙ ПРОДУКЦИИ

В условиях процессов интеграции, свойственных современному рынку, в Российской Федерации наблюдается тенденция перехода от национального уровня регулирования в сфере обязательных требований (технических регламентов) к наднациональному. Так, уже сегодня половина технических регламентов в России принята на уровне Таможенного союза. Некоторые из них вступили в силу в 2014 г. например: технические регламенты о безопасности молока и молочной продукции, о безопасности мяса и мясной продукции, технические регламенты о безопасности инфраструктуры железнодорожного транспорта, о безопасности высокоскоростного железнодорожного транспорта, о безопасности железнодорожного подвижного состава.

Таким образом, государство путем установления единых требований способствует свободному допуску на рынок продукции не только российского, но и зарубежного производства, в частности государств-членов Таможенного союза. Как отмечают некоторые исследователи, процесс экономической интеграции в различных областях экономики проходит с неодинаковой интенсивностью, но наиболее быстрыми темпами он протекает в области торговли.

Техническое регулирование, осуществляемое в рамках межгосударственных объединений, имеет качественно отличные от национального технического регулирования международно-правовую природу и характер. В сочетании с особенностями технического регулирования, установленными в технических регламентах ЕврАзЭС и Таможенного союза, вопросы технического регулирования, по которым заключаются международные договоры Российской Федерации, составляют уникальный «пласт» правоотношений.

Основной целью технических регламентов, вне зависимости от уровня их принятия, должна оставаться защита жизни и здоровья потребителей, обеспечение которой сегодня вызывает массу вопросов как у теоретиков, так и практиков. Кроме того, с момента вступления в силу Федерального закона от 27 декабря 2002 г. №184-ФЗ «О техническом регулировании» (далее – Закон о техническом регулировании) в науке и на практике не утихают споры о соотношении категорий «качество» и «безопасность» (в особенности в сфере регулирования пищевой продукции). Как известно, Закон о техническом регулировании вывел из-под государственного контроля категорию «качество», оставив его добровольное соблюдение на усмотрение самих хозяйствующих субъектов.

На наш взгляд, законодателю следует обратить особое внимание на вопросы регулирования обращения пищевой продукции, поскольку в настоящее время законодательство в этой сфере представляется несистематизированным и противоречивым. На национальном уровне продолжает свое действие Федеральный закон от 2 января 2000 г. №29-ФЗ «О качестве и безопасности пищевых продуктов», ст. 1 которого раскрывает понятия качества и безопасности пищевых продуктов. Разделив категории «безопасность» и «качество», законодатель тем не менее не установил и отдельные перечни требований к ним. Так, гл. IV Федерального закона «О качестве и безопасности пищевых продуктов» посвящена общим требованиям к обеспечению качества и безопасности продукции, при этом определить, какие из приведенных в законе требований относятся к качеству, а какие – к безопасности, достаточно сложно. Важно отметить, что в отношении безопасности пищевой продукции сегодня действует технический регламент Таможенного союза, принятый решением Комиссии Таможенного союза от 9 декабря 2011 г. №88011 и вступивший в силу с 1 июля 2013 г. Данный регламент, в отличие от Федерального закона «О качестве и безопасности пищевых продуктов», не имеет указаний на категорию «качество продукции», но дает определение безопасности пищевой продукции, под которой понимается состояние пищевой продукции, свидетельствующее об отсутствии недопустимого риска, связанного с вредным воздействием на человека и будущие поколения. При этом отсутствие недопустимого риска складывается из показателей безопасности, к которым относятся: микробиологические нормативы безопасности (патогенные); микробиологические нормативы безопасности; гигиенические требования к безопасности пищевой продукции; допустимые уровни радионуклидов цезия-137 и стронция-90; требования к переработанному продовольственному (пищевому) сырью животного происхождения; паразитологические показатели безопасности рыбы, ракообразных, моллюсков,

земноводных, пресмыкающихся и продуктов их переработки. Полагаем, что установление таких показателей безопасности – это большой шаг вперед на пути к унификации и систематизации обязательных требований к пищевой продукции, а значит и к повышению гарантий защиты прав потребителей.

Вызывает вопросы и само содержание технического регламента «О безопасности пищевой продукции». Регламент включает термин «специализированная пищевая продукция», понимающийся как пищевая продукция, для которой установлены требования к содержанию и (или) соотношению отдельных веществ или всех веществ и компонентов и (или) изменено содержание и (или) соотношение отдельных веществ относительно естественного их содержания в такой пищевой продукции и (или) в состав включены не присутствующие изначально вещества или компоненты (кроме пищевых добавок и ароматизаторов) и (или) изготовитель заявляет об их лечебных и (или) профилактических свойствах, и которая предназначена для целей безопасного употребления этой пищевой продукции отдельными категориями людей. При этом, согласно ст. 4 регламента, рассмотренный термин входит в понятие «пищевая продукция», которое в свою очередь является объектом технического регулирования указанного регламента (ст. 3 регламента). Ст. 4 регламента позволяет говорить, что Комиссия Таможенного союза относит к специализированной пищевой продукции пищевую продукцию диетического лечебного питания, пищевую продукцию диетического профилактического питания, пищевую продукцию для детского питания, пищевую продукцию для питания спортсменов. Требования безопасности к специализированной пищевой продукции содержатся в ст. 8 регламента. Вместе с тем анализ указанной статьи говорит о том, что в ней содержатся только требования к производству (изготовлению) пищевой продукции для детского питания, пищевой продукции для беременных и кормящих женщин, биологически активных добавок.

Таким образом, остается нерешенным вопрос о соотношении национального законодательства в сфере регулирования пищевой продукции в виде Федерального закона «О качестве и безопасности пищевых продуктов» и наднационального в виде технического регламента «О безопасности пищевой продукции». Следует указать, что отдельные нормы закона «О качестве и безопасности пищевых продуктов» не применяются в отношении соковой продукции из фруктов и (или) овощей, а также в отношении оценки и подтверждения соответствия табачной продукции, оценки и подтверждения соответствия молока и молочной продукции, обязательных требований к связанным с ними процессам производства, хранения, перевозки, реализации и утилизации по причине вступления в силу соответствующих технических регламентов.

В целях дальнейшей унификации и систематизации законодательства в сфере технического регулирования, в частности в сфере пищевой продукции, считаем необходимым привести в соответствие действующее законодательство на национальном уровне с наднациональным законодательством, определить соотношение понятий «качество» и «безопасность», привести в соответствие Закон о техническом регулировании и Федеральный закон «О качестве и безопасности пищевых продуктов».

В.А. Микрюков

Московский государственный юридический университет, г. Москва

НЕСКОЛЬКО ВОПРОСОВ О БРЕМЕНИ ГУМАННОГО ОБРАЩЕНИЯ С ЖИВОТНЫМИ

Согласно абз. 1 ст. 137 ГК РФ к животным применяются общие правила об имуществе, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное. Это означает, что по общему правилу животные: а) могут выступать объектом присвоения и находиться у граждан, организаций и публично-правовых образований на праве собственности (и на других вещных правах, когда это применимо) и б) способны быть объектом имущественного оборота.

Необходимо подчеркнуть, что указанная норма отнюдь не признает животных вещами (а равно «живыми вещами», «одушевленными предметами») и даже прямо не определяет живые организмы имуществом. Подобно тому, как к публично-правовым образованиям, не названным юридическими лицами, но обладающими схожими с последними признаками, в силу п. 2 ст. 125 ГК РФ применяются правила, определяющие участие юридических лиц в регулируемых гражданским законодательством отношениях, на животных, которые представляют собой телесные объекты, способные находиться в

хозяйственном господстве человека и удовлетворять его потребности, лишь распространяется режим имущества (вещей).

Животные, будучи подобными человеку творениями природы, обладают свойствами, требующими особого юридического отражения. Животные являются одушевленными существами и, как люди, обладают способностью чувствовать, испытывать привязанность и отторжение, ощущать страх и боль. Они нуждаются в перманентном обеспечении естественных физиологических, питательных, поведенческих и прочих потребностей.

Исходя из этих соображений, законодатель в абз. 2 ст. 137 ГК РФ указал на одну из наиболее значимых юридических особенностей присвоения, использования и оборота животных, установив, что при осуществлении прав не допускается жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности.

С одной стороны, указанная норма сформулирована четко и недвусмысленно: обладатель любого субъективного гражданского права при его осуществлении ограничен в действиях и бездействиях, нарушающих принципы гуманности и оцениваемых как жестокое обращение с животными. Допустимость такого ограничения в аспекте нормы абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ, принципиально разрешающей ограничения гражданских прав на основании федерального закона в той мере, в какой это необходимо в поименованных в данной статье целях, сомнений не вызывает.

Но, с другой стороны, известная лаконичность положения абз. 2 ст. 137 ГК РФ, требующего его ситуационного применения и реализации заключенной в нем широкой дискреции при толковании оценочных понятий «жестокость» и «гуманность», не могла не привести к появлению ряда проблемных теоретических и прикладных вопросов.

Прежде всего, необходимо определиться в вопросе, уместно ли вообще использовать сам термин «гуманность» по отношению к животным.

Так, может показаться, что требование о проявлении человеколюбия (гуманности, от лат. *humanitas* – человечность, *humanus* – человеческий) к животным, а не к людям, некорректно. Однако вышеуказанные специфические черты живых объектов имущественных отношений людей предопределяют наличие значимого интереса общества и государства к тому, чтобы каждый человек относился к животным именно как к себе подобным – гуманно.

Неочевиден ответ на вопрос о том, как соотносится запрет на жестокое обращение с животными с указанием на недопустимость такого обращения с животными, которое противоречило бы принципам гуманности.

На первый взгляд формулировка нормы абз. 2 ст. 137 ГК РФ позволяет заключить, что признак гуманности выступает конкретизацией признака недопустимости жестокого обращения, и прийти к выводу, что если человек обращается с животным в противоречии с идеями человеколюбия, но не допускает жестокости, то такое поведение следует признать правомерным. Кроме того, можно предположить, что законодатель не обременяет людей необходимостью действовать гуманно, а лишь заставляет воздерживаться от жестокой активности.

Однако во взаимосвязи с нормой ст. 241 ГК РФ, определяющей последствия именно негуманного (а не жестокого) поведения людей по отношению к животным, указанная трактовка видится несостоятельной. Думается, что, раскрывая узкий признак посредством более широкого, законодатель стремился назвать жестоким и недопустимым любое негуманное обращение с животными.

С целью устранения возможных сомнений видится целесообразным уточнить формулировку абз. 2 ст. 137 ГК РФ, закрепив позитивную обязанность участников гражданских правоотношений обращаться с животными в соответствии с установленными на основании закона правилами и принятыми в обществе нормами гуманного отношения к животным, в том числе не допуская жестокого обращения с ними.

Значимый интерес представляет вопрос о том, в отношении каких животных гражданское законодательство распространяет норму абз. 2 ст. 137 ГК РФ.

В первом приближении прочтение данной нормы приводит к выводу о том, что запрет антигуманного обращения с животными носит общий характер и действует применительно к любым животным, как к домашним, так и к диким. Но уточнение о том, что рассматриваемое требование должно выполняться «при осуществлении прав», указывает на то, что законодатель имеет в виду предписание о гуманном осуществлении вещных либо обязательственных прав на домашних животных. Действительно, публично-правовой запрет жестокого и прочего антигуманного отношения к диким животным как к элементу природной среды и возобновляющемуся природному ресурсу основывается на нормах специального природоресурсного законодательства. В свою очередь, гражданско-правовые механизмы обеспечения исполнения бремени гуманного обращения с животными (отказ в защите

права на основании ст. 10 ГК РФ, принудительный выкуп животного в силу ст. 241 ГК РФ и др.) включаются в работу, если речь идет о конкретных (индивидуально определенных) изъятых из естественной среды обитания живых организмах, над которыми установлен интеллектуальный и (или) физический контроль со стороны субъектов гражданских отношений и в силу этого осуществляется хозяйственное господство.

Важно подчеркнуть, что нарушение бремени гуманного обращения с домашними животными имеет гражданско-правовые последствия и в том случае, когда животное является диким по происхождению, но присвоенным человеком (цирковой медведь, зоопарковый тигр и т.п.) и рассматриваемым для целей гражданско-правового воздействия в качестве домашнего.

Принципиальным с точки зрения эффективности правила абз. 2 ст. 137 к ГК РФ видится ответ на вопрос, допустимо ли формулировать общее категорическое требование о гуманном обращении с животными (как установлено – домашними) без его конкретизации к отдельным видам животных по той роли, которую они выполняют в хозяйственной деятельности людей.

Представляется, что распространенная практика хозяйствования, при которой во многих случаях применение людьми животных выходит за рамки принципов гуманности (при разведении и умерщвлении сельскохозяйственных животных, при проведении опытов с лабораторными животными и т.п.), отнюдь не препятствует утвердительному ответу на этот вопрос. Напротив, норма о бремени гуманного обращения с животными должна устанавливаться исключительно прямо и безоговорочно, естественным образом уточняясь в аспекте набора требуемых проявлений гуманности в каждой отдельной ситуации.

Пожалуй, наибольшую актуальность представляет вытекающий из предшествующего вопрос о том, как в конкретном случае следует определять критерии недопустимой жестокости и необходимой гуманности по отношению к животным со стороны участников гражданских правоотношений.

Помня о причине, побудившей законодателя возложить на человека бремя гуманного обращения с животными, изъятыми из естественной среды обитания, можно утверждать, что двумя основными взаимосвязанными критериями должны признаваться: а) степень биологического совершенства животного (чем биологически совершеннее животное, тем выше требования к обращению с ним) и б) степень близости животного к человеку в социальном аспекте (чем больше животное одомашнено и «очеловечено», тем жестче рамки поведения по отношению к нему со стороны людей).

Г.А. Микрюкова

Московский государственный юридический университет, г. Москва

НОВОЕ О ПОНЯТИИ И ВИДАХ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ ПО ГК РФ

Непрекращающиеся экономические и правовые научные дискуссии по теоретическим и прикладным проблемам, связанным с юридическими лицами, во многом дезориентирующие законодателя, привели к тому, что состоявшееся давно ожидаемое обновление гл. 4 ГК РФ либо вообще не затронуло многие отнюдь не маловажные вопросы, либо разрешило их паллиативно. Особенно насущным видится анализ новых подходов к определению юридических лиц и построению их системы.

В новом определении юридического лица исключено указание на возможные формы обособления его имущества на вещных правах (праве собственности, праве хозяйственного ведения и праве оперативного управления). Законодатель учел современные экономические реалии, в которых имущественную обособленность все большего числа юридических лиц составляют только относительные (безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, обязательственные права требования), а также исключительные права. Поставлена точка в споре о допустимости существования юридических лиц без обязательной «вещественной» составляющей в их имуществе.

В обновленной ст. 48 ГК РФ вместо деления юридических лиц на три модели появилась двухзвенная классификация: к первой группе отнесены юридические лица, на имущество которых их учредители имеют вещные права, ко второй – юридические лица, в отношении которых их участники обладают корпоративными правами. Упоминание о юридических лицах, в отношении которых их учредители (участники) не имеют имущественных прав, из статьи исчезло.

Прежняя классификационная логика была ясна: первым критерием выступало наличие (для первой и второй моделей) или отсутствие (для третьей модели) имущественных прав учредителя в

отношении созданных им юридических лиц. По второму критерию – природе прав (вещные или обязательственные) при их наличии юридические лица первой модели отделялись от второй.

По новой редакции ст. 48 ГК РФ часть юридических лиц третьей модели, учредители которых прежде считались не имеющими имущественных прав (ассоциации и союзы, общественные организации), переведены во вторую группу и стали корпоративными организациями, а остальные – автономные организации, фонды, религиозные организации – оказались за рамками статьи, имеющей понятийное значение.

Следы выпавших из поля зрения законодателя по ст. 48 ГК РФ юридических лиц обнаруживаются в ст. 65.1 ГК РФ, закрепляющей деление этих субъектов гражданского права на корпоративные и унитарные юридические лица. К корпоративным отнесены юридические лица, учредители (участники) которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган (общее собрание участников). Унитарными названы юридические лица, учредители которых не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства.

Данная новая легальная классификация охватывает все обозначенные в ГК РФ организационно-правовые формы юридических лиц, как коммерческих, так и некоммерческих (отныне все они, а не только коммерческие, поименованы в кодексе исчерпывающим перечнем) и этим выгодно отличается от содержащейся в ст. 48 ГК РФ. Однако научно-практическая ценность этой классификации видится не вполне убедительной.

Избранный классификационный критерий – наличие или отсутствие членства – применительно к унитарным организациям сугубо формален и приводит к объединению в одну группу как юридических лиц, способных стать собственниками приобретенного имущества, так и юридических лиц – носителей ограниченных вещных прав, что предопределяет существенные различия в выстраивании отношений этих лиц с их учредителями, а значит, и невозможность формулирования каких-либо общих норм, рассчитанных на все унитарные юридические лица.

Понимая недостаточную гражданско-правовую содержательность критерия членства даже в отношении корпоративных организаций, в том числе при допущении существования «компаний одного лица», законодатель пытается наполнить его дополнительным условием – формированием из участников высшего органа юридического лица. Именно эта особенность – наличие «естественного» высшего органа, в состав которого входит участник, становится ключевой для разделения корпоративных и унитарных юридических лиц. Остальные правомочия участника корпорации не специфичны и присущи в том или ином виде и учредителям унитарных организаций. Вместе с тем члены некоторых корпоративных юридических лиц либо не вправе участвовать в управлении ими вообще (вкладчики в товариществах на вере), либо лично не могут входить в высший орган (в крупных некоммерческих корпорациях и производственных кооперативах высшим органом может являться съезд, конференция или иной представительный орган). В то же время статус учредителя автономной некоммерческой организации весьма близок к правовому положению члена корпорации: он вправе формировать постоянно действующий коллегиальный орган (и ничто не мешает ему участвовать в нем), назначать единоличный исполнительный орган (а также лично осуществлять его функции), принимать решение о реорганизации, но главное – выйти из состава учредителей либо принять в этот состав новых лиц (ст. 123.24 и 123.25 ГК РФ).

Возможно, более плодотворным стало бы законодательное закрепление прав (независимо от их природы) учредителя любого юридического лица и установление особенностей осуществления этих прав в зависимости от наличия или отсутствия членства.

Пока не стало вектором для совершенствования законодательства о государственной регистрации юридических лиц предложение их дифференциации на действующие по типовым и индивидуальным уставам, хотя идея внедрения типизации учредительных документов в процесс образования юридических лиц воспринята законодателем (ст. 52 ГК РФ). Такая классификация юридических лиц позволила бы примирить две прямо противоположные позиции: сторонников усложнения порядка учреждения юридических лиц и усиления защиты прав других участников гражданского оборота и сторонников максимального устранения организационных и финансовых барьеров на пути создания юридических лиц. Для «типовых» юридических лиц (в том числе некоммерческих) процедура государственной регистрации как минимум должна быть ускорена в связи с отпадением необходимости изучения устава для оценки соответствия его положений закону, поскольку смысл типизации заключается в лишении учредителя права воспользоваться диспозитивными нормами, чтобы предусмотреть отличные от установленных законом индивидуальные правила. Более того, при создании «типовой» организации учредителя следует избавить от обязанности утверждать устав и представлять его в составе прочих документов для государственной регистрации юридического лица. К сожалению, из

буквального толкования ст. 52 ГК РФ вытекает, что наименование, место нахождения, адрес «типового» юридического лица, а также иные перечисленные в законе сведения вносятся непосредственно в государственный реестр, но это не исключает наличия у такого юридического лица устава, в который эти сведения не включаются.

Обновленная редакция ст. 53 ГК РФ, посвященная органам юридического лица, позволяет провести еще одну классификацию юридических лиц: по числу лиц, которым учредительным документом предоставлены полномочия выступать от имени юридического лица. Образно говоря, юридические лица могут стать «одно-, двух- и многоголовыми», так как функции волеизъявляющего органа можно возложить не только на единственное лицо, избранное (назначенное) на должность единоличного исполнительного органа, но и на несколько лиц, действующих совместно или независимо друг от друга. Применительно к корпорациям в ст. 65.3 ГК РФ указанное правило расширено и дополнено. Организации, основанные на членстве, смогут по уставу не только предоставить полномочия единоличного исполнительного органа нескольким лицам (причем как физическим, так и юридическим), но и формировать несколько единоличных исполнительных органов, действующих независимо друг от друга.

С.Г. Михайлов, Н.С. Михайлова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОБ ОБРЕМЕНЕНИЯХ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНОГО ПРАВА

В научной литературе достаточно давно исследуется вопрос об ограничениях и обременениях вещных прав. В то же время применительно к исключительному праву данные категории мало изучены. Одним из ученых, обратившихся к рассмотрению данной проблемы, является В.А. Микрюков. По его мнению, под обременением исключительного права следует понимать «права третьих лиц на результат интеллектуального труда, установленные дополнительно к основному исключительному праву и следующие за основным правом независимо от смены его субъекта». Соглашаясь с высказанным суждением, и не являясь сторонниками полного переноса категорий, применяемых к вещным правам, тем не менее, видится возможной постановка следующего вопроса: если всю систему обременений права собственности рассматривать как систему ограниченных вещных прав, то можно ли систему обременений исключительного права рассматривать как систему ограниченных интеллектуальных прав?

Прежде всего, полагаем, что вполне допустимо введение такой категории, как ограниченное интеллектуальное право (или даже ограниченное исключительное право). Правда, выдвинутый тезис о возможном обозначении рассматриваемых прав как ограниченные исключительные права предполагает отступление от подхода к исключительному праву как к единому, неделимому и допущение его «расщепления».

К ограниченным правам можно отнести право лицензиата на результат интеллектуальной деятельности и в патентном праве – право преждепользования и послепользования. Все названные права ограничены, по сравнению с исключительным правом. Содержание указанных прав состоит из следующих правомочий: 1) право использования результата интеллектуальной деятельности способами, не противоречащими законодательству и в пределах, установленных законом или, соответственно, лицензионным договором. Ограничения возможны по способам использования, объему использования, в частности, по количеству продуктов, изделий, в которых использованы соответствующие результаты интеллектуальной деятельности, по территории, начиная с территории; 2) ограниченное право распоряжения. Способы распоряжения для лицензиата будут заключение сублицензионного договора с согласия лицензиара, для субъекта – право преждепользования и послепользования, отчуждение или передача в пользование имеющегося права в рамках договоров аренды и купли-продажи предприятия; 3) право на действия третьих лиц, которое предполагает, что все третьи лица должны воздерживаться от нарушений указанных прав.

Помимо ограниченного содержания рассматриваемых интеллектуальных прав, права лицензиата, обладателей права преждепользования, послепользования возникают на результаты интеллектуальной деятельности, основное исключительное право на которые принадлежит другому лицу, зависят от существования исключительного права, соответственно, также носят срочный характер, не прекращаются со сменой обладателя исключительного права.

Не исключая введения в сферу интеллектуальных прав категории «ограниченные интеллектуальные (ограниченные исключительные) права» и относя данные права к обременениям исключительного права, нельзя, на наш взгляд, сделать вывод о том, что обозначенные обременения по сути все являются ограниченными интеллектуальными правами.

Полагаем, что подобный вывод не позволяет сделать отнесение к обременениям исключительного права, во-первых, права залогодержателя. Установленная законом возможность залога исключительного права не превращает залоговое право в ограниченное интеллектуальное, поскольку в противном случае правовую природу залогового права можно было бы определять исходя из объекта залога. Во-вторых, к обременениям исключительного права следует относить права, реализуемые субъектами в случаях свободного использования результатов творческой деятельности. Принимая во внимание изменения в ч. 4 ГК РФ, можно говорить о тенденции к расширению случаев свободного использования охраняемых объектов. В то же время анализ законодательства не дает оснований говорить о единой природе данных прав. Законодатель ориентируется на необходимость защиты интересов общества, государства и не ставит задачи включить в перечень свободного использования однотипные права.

Таким образом можно сделать вывод об отсутствии единства в правовой природе прав обременений исключительного права, среди которых, тем не менее, можно выделить ограниченные интеллектуальные права.

Н.С. Михайлова, С.Г. Михайлов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О НЕОБХОДИМОСТИ ЕДИНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОПРОСОВ ВЫПЛАТЫ ВОЗНАГРАЖДЕНИЯ ЗА ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СЛУЖЕБНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ НАСЛЕДНИКАМ АВТОРА

Одним из видов иных интеллектуальных прав, предусмотренных ч.4 ГК РФ, является право автора на вознаграждение за использование служебного произведения, изобретения, полезной модели, промышленного образца, селекционного достижения, топологии интегральных микросхем (аб. 3 п. 2 ст. 1295, аб. 3 п. 4 ст. 1370, п. 5 ст. 1430, п. 4 ст. 1461 ГК РФ). Вопрос о возможности перехода данного права по наследству всегда решался неоднозначно. Так, например, в заключении Исследовательского центра частного права по вопросам толкования и возможного применения отдельных положений части четвертой ГК РФ указывалось на непереходность этого права по наследству. «Право автора на получение вознаграждения в указанных случаях неотделимо от правового статуса автора как работника, состоящего в трудовых правоотношениях со своим работодателем, на которого и возлагается обязанность выплатить вознаграждение. Указанные права, очевидно, не могут быть реализованы автором вне его правового статуса работника. В этих случаях никто, кроме работника – автора, создавшего соответствующий результат интеллектуальной деятельности, не может осуществить право на получение вознаграждение».

Иной подход в решении данного вопроса занял Верховный суд РФ. В Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» (п. 91) предусматривается, что в состав наследства входят также иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, если они относятся к числу имущественных прав наследодателя. В частности, это право на вознаграждение за служебные результаты интеллектуальной деятельности, причитающееся работнику – автору служебного произведения, служебного изобретения, служебной полезной модели или служебного промышленного образца, служебного селекционного достижения, служебной топологии.

В связи с внесением изменений в часть четвертую ГК РФ ФЗ № 35 от 12.03.2013 однозначности в решении данного вопроса не появилось. С 01.10.2014 возможность перехода рассматриваемого права по наследству будет зависеть от вида охраняемого результата интеллектуальной деятельности. Если речь идет о вознаграждении за использование служебного произведения, то право на вознаграждение не переходит по наследству (п. 2 абз. 4 ст. 1295 ГК РФ). В то же время право на вознаграждение за использование служебного изобретения, полезной модели, промышленного образца, селекционного достижения, топологии переходит к наследникам автора на оставшийся срок действия исключительного права (п. 4. абз. 4 ст. 1370, п. 5 абз. 3 ст. 1430, п. 4 абз. 2 ст. 1461 ГК РФ).

Подобный подход к решению указанного вопроса представляется неверным, так как речь идет о праве, имеющем единую природу. Кроме того, различия в регулировании приведут к явно необъяснимому ущемлению прав наследников авторов служебных произведений по сравнению с наследниками авторов иных служебных объектов. Поэтому следует унифицировать подход к решению вопроса о переходе по наследству данного права. В основу могут быть положены следующие соображения: 1) Отношения по выплате за право на вознаграждение носят гражданско-правовой, а не трудовую характер. На это обращал внимание В.А. Дозорцев, однозначно на это указывало Постановление Пленума Верховного суда РФ № 15 от 19.06.2006 «О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах». Размер и порядок выплаты авторского вознаграждения за каждый вид использования служебного произведения устанавливаются договором автора с работодателем. Такой договор носит гражданско-правовой характер, и на него распространяются общие правила о порядке заключения договоров. Аналогичная точка зрения содержится в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании». 2) Право однозначно является имущественным. 3) Единственно, что может служить препятствием наследования этого права является его личный характер, обусловленный тесной взаимосвязью со статусом работника. Думается, что нахождение автора в трудовых отношениях должно иметь принципиальное значение в момент создания служебного творческого результата, в противном случае соответствующий объект не возникает. Если же право на получение вознаграждения возникло, то изменение статуса не должно влиять на реализацию указанного права. Соглашаясь с неоднократно высказанной в литературе точкой зрения о поощрительной, стимулирующей работника функции рассматриваемого вознаграждения полагаем, что законодатель, предусматривая право работника на получение вознаграждения преследовал и иные цели. Рассматриваемое право возникает у работника, если работодатель начал осуществление исключительного права на служебный объект указанными в ГК РФ способами. Поэтому, на наш взгляд, устанавливая право на получение вознаграждения, законодатель тем самым исключает безосновательно безвозмездное получение и осуществление исключительного права на служебный объект работодателем. С этой точки зрения непереходность обозначенного права по наследству ставит работодателя в более выгодное положение, нарушая принцип соблюдения баланса интересов сторон соответствующего правоотношения.

В заключение следует отметить тенденцию российского законодательства на расширение прав наследников, проявляющуюся, в том числе в увеличении объектов наследования. Думается, что в русле указанной тенденции законодатель допустил наследование права на получение вознаграждения за использование служебного изобретения, полезной модели, промышленного образца, селекционного достижения, топологии.

Таким образом, следует изменить положения, закрепленные п. 2 абз. 4 ст. 1295 ГК РФ, предусмотрев аналогичные правила, содержащиеся в п. 4. абз. 4 ст. 1370 ГК РФ, п. 5 абз. 3 ст. 1430 ГК РФ, п. 4 абз. 2 ст. 1461 ГК РФ.

В любом случае какой бы подход к решению вопроса о наследовании права на вознаграждение окончательно ни избрал законодатель, не вызывает сомнения необходимость в единстве его правового регулирования.

С.И. Мороз

Балтийский Университет им. И. Канта, г. Калининград

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРИКЛАДНОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ ПРОБЛЕМ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРОВ ДОВЕРИТЕЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ

Институт договоров доверительного управления используется во всех правовых системах и странах в качестве правового механизма осуществления правомочий владения и пользования имуществом в интересах его собственника третьим лицом, как правило, профессиональным управляющим. Исходя из глобализации экономических процессов, унификации правовых норм при разработке национальных норм о доверительном управлении, в правоприменительной деятельности, ориентированной на взаимодействия с иностранными хозяйствующими субъектами, требуется учет многообразия подходов к управлению имуществом в развитых правовых системах. В РФ увеличивается количество случаев манипулирования законодательством, регулирующим доверительное управление имуществом. Сле-

довательно, целесообразно обратить внимание на разницу в подходах к правам и обязанностям доверительных управляющих в западных странах.

В материалах российской судебной практики встречаются случаи, когда кредиторы в ходе судебных разбирательств получают судебное решение о том, что на имущество, находящееся в доверительном управлении, не может накладываться арест. По немецкому законодательству ответственность за управление имуществом распределяется по функциям (Sondervermögen¹) и доверительный управляющий является правообладателем и в ситуации исков от кредиторов, он удовлетворяет иски в отношении распределённой функции Sondervermögen. В случае предъявления дополнительных исков на имущество подлежащее по функциям к обязательствам *по частичному администрированию или защиты от третьих лиц*², доверительные управляющие подают негативные иски в случае предъявления кредитором материального требования, не относимого к функции Sondervermögen *по отношениям с кредиторами*.

В немецком законодательстве определены обязательства доверительного управляющего, которые в гл. 53 ГК РФ трактуются термином «должная заботливость». Постоянно возникающие судебные дела вследствие субъективного восприятия правоприменителя и суда термина «должная заботливость» отражают необходимость интегрировать иерархию обязательств доверительного управляющего из практики западных стран. К примеру, в гл. 242 Немецкого гражданского кодекса³ перечислены требования к доверительному управляющему, в которые включены: авторитет и честность доверительного управления имуществом. В основе их толкования лежит перечисление исчерпывающего перечня прав (numereous clausus) посредством выделения таких блоков прав как:

- обязанность следовать инструкциям учредителя доверительного управления;
- обязанность благоразумия доверительного управляющего.

Для сокращения количества судебных разбирательств относительно фиктивных и доверительных правовых конструкций следует обратиться к модели Фердинанда Регельсбергера⁴, которая впервые в немецком праве установила разницу между де-юре и де-факто, выявление которых сократило возможности для доверительных управляющих обходить закон. Юридические последствия данной модели были исследованы на примере Швейцарского гражданского кодекса (ZGB)⁵. Так, в ст. 717 (ZGB) устанавливается запрет на залог имущества, до тех пор пока заложенное имущество не будет передано залогодателю. Поэтому, в Швейцарии выявлен низкий процент мошеннических действий за счёт процесса де-юре и де-факто залога имущества в доверительное управление.

В части расходов доверительного управляющего особая роль отводится налоговому режиму, установленный для доверительных управляющих. Схожесть гл. 53 ГК РФ с Швейцарским регулированием Прямых налогов (ДТА) и Законом налоговой гармонизации (ТНА) заключается в рассмотрении налогооблагаемого дохода доверительного управляющего, но различие заключается в уплате транспортного налога доверительным управляющим. В Швейцарии для сокращения случаев занижения налогооблагаемой базы в зависимости от тарифной сетки Каталонии, налог на транспорт уплачивает только учредитель доверительного управления, тогда как в РФ и Германии плательщиком является доверительный управляющий. Кроме того, в российском праве нет исключений для налогообложения подарков при доверительном управлении имуществом, какие присутствуют в Швейцарском законодательстве⁶. Поскольку существуют различные типы налогообложения, в зависимости от предоставленных прав бенефициарам – отзывные права (дискретные безотзывные права) и безотзывные права (фиксируемые)⁷, то при применении дискретного безотзывного права налогом облагается имущество только во время платежа после распределения имущества доверительным управляющим, так как бенефициары иногда даже не знают о том, что они являются выгодоприобретателями по договору доверительного управления имуществом.

Относительно доходов доверительного управляющего, пропорциональность которых не закреплена в гл. 53 ГК РФ⁸, инновационным способом ранжирования пропорций было бы законодательное разделение вознаграждения на фиксированное, в случае успеха, комбинированное. Например: фиксированное – в качестве вознаграждения депозитариев установлена конкретная пропорция оплаты. Что касается ст. 1023, то необходимо осуществить редакцию, позволяющую иной порядок (источник) выплаты вознаграждения и возмещения необходимых расходов доверительному управляющему.

Следует учитывать опыт законодательного регулирования института траста в англосаксонской правовой системе, так как данный институт в настоящее время имеет большее развитие как траст-менеджмент. В российской Федерации существовал негативный опыт внедрения института траста при коренном отличии отношения к собственности разных правовых систем; так, по английскому праву может быть несколько правомочных собственников одновременно⁹. С принятием нового гражд-

данского кодекса, устранение механизмов траста способствовало сокращению судебных разбирательств, но исключило также возможность совершенствования правовых норм в соответствии с требованиями глобализации экономики, которые регулируются нормами англосаксонской правовой семьи. Необязательно полностью использовать законы траста, относящиеся к другой правовой системе; как показывает итальянский учёный профессор Муру Лупой¹⁰, – возможно признание иностранных трастов по Гаагской конвенции и принятие закона места поселения (в большинстве случаев исходя из английского права). Так, Люксембург принял данный подход¹¹, и в Швейцарии раздаются призывы к более открытому рассмотрению доверительного управления.

В российское законодательство достаточно было бы внести современные трактовки ответственности и прав доверительного управляющего, механизмы налогового обложения и вознаграждения в отношениях доверительного управления и меры по сокращению мошеннических действий для нормального функционирования института доверительного управления. Сравнительно-правовое исследование имеет актуальное значение не только для развития науки гражданского права, но и для развития правоприменения с учетом возрастающего взаимодействия российского бизнеса с зарубежными партнерами. Законодательное закрепление размера вознаграждения доверительного управления, использование опыта правоприменения договоров в Швейцарии и Германии при ином способе налогообложения позволит повысить эффективность договоров доверительного управления. Уточнение обязательств доверительного управляющего обеспечит сокращение количества судебных споров. Использование немецкого законодательства *Sondervermögen* и модели Рогельсберга даст возможность как доверительным управляющим, так и учредителям доверительного управления минимизировать риски.

¹ Hagen Hof, in Werner Seifart/Axel Freiherr von Campenhausen (eds), *Stiftungsrechts-Handbuch*, § 36 Unselbständige Stiftung, n 163 (Munich, Verlag C H Beck, 3rd ed 2009).

² *Insolvency Statute*; cf. Dirk Andres, in Jörg Nerlich/Volker Römermann (eds), *Insolvenzordnung*, §47, n 40 (Munich, Verlag C H Beck, 22nd ed 2012).

³ KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN RECHTS*, § 21, n 32-41 (Munich, Verlag C H Beck, 9th ed 2004).

⁴ Dr. István SÁNDOR, Ph.D. associate professor, Head of Department of Civil Law, *Overview of the Legal Models of Trust Management in Private Law*.

⁵ THÉVENOZ, L. (2001), “Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie”, *Trusts in Switzerland: Ratification of the Hague Convention on Trusts and Codification of Fiduciary Transfers*; Schulthess, Zurich.

⁶ *Garrott v. McConnell, Kendrick v. Ray*, 256 SW, 14 53 NE 823 (Mass. 1899).

⁷ F. ECKHARDT: *Magyar alkotmány és jogtörténet*. (Hungarian Constitutional and Legal History). Budapest, 2000. P. 313. *RESTATEMENT 2D, TRUSTS*. § 227(a).

⁸ Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 26.01.1996 N 14-ФЗ. Ч. 2.

⁹ *RabelsZ, JUR. 2D Trusts* § 58. C.f. *In re Trust of Brooke*, 697 N.E. 2d 191 (Ohio 1998) (trustee’s discretion limited by terms of the trust). P. 698.

¹⁰ M.LUPOI (1984), *The domestic Trust Theory is Upheld in Italy*, 4 *Trusts and Trustees* 24; idem (1998).

¹¹ H. COING: *Europäisches Privatrecht I*.

С.Ю. Морозов, А.В. Ананьева

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

МЕХАНИЗМ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В научной литературе достаточно часто гражданско-правовой договор называют регулятором гражданских отношений. Подобного рода утверждения, в целом, не вызывают сомнения. Однако часто после констатации факта наличия регулятивных свойств договора они (свойства) должным образом не раскрываются. Отсутствует должный научный анализ соотношения нормативного и договорного регулирования. Многочисленными являются утверждения о том, что договор является либо нормативным средством, либо выполняет функцию «спускового крючка», приводящего в действие норму права. При таком подходе, конечно же, раскрыть регулятивные возможности просто невозможно. Еще более запутанно выглядит ситуация о роли и месте договора в механизме правового регулирования (далее). С одной стороны, договор, будучи регулятором, содержит в себе обязательное для сторон правило поведения, а, следовательно, в МПР должен занимать равное положение с право-

вой нормой, т.е. находится на первой стадии механизма. С другой стороны, ему придают значение юридического факта, который «вызывает к жизни» до поры до времени «дремлющее» правило поведения. Наконец, договор отождествляют с правоотношением, которое возникает из юридического факта. Однако, также как норма права и правоотношение находятся на различных стадиях механизма правового регулирования, договор как регулятор располагается с обязательством на разных ступенях механизма договорного регулирования.

На наш взгляд, механизм договорного регулирования должен быть построен по образу и подобию МПР, а может быть и рассматриваться его составной частью, т.е. ветвью. Данный тезис может быть признан правомерным, исходя из следующих соображений.

Во-первых, на первой стадии договорного регулирования должен располагаться сам договор, который, будучи соглашением, содержит в себе ряд условий, определяющих вид и меру поведения его сторон. Регулятивная сущность договора проявляется в том, что он устанавливает для его субъектов обязательное правило (модель) поведения, санкционированное государством. Воля сторон плюс государственная сила позволяют установить правовую связь, а, следовательно, и определенные ограничения в поведении субъектов договорного отношения. Стороны договора просто вынуждены соотносить свои действия с правилами ими же установленными в условиях договора.

При этом следует учесть, что недопустимо отождествлять договор и действия по его заключению. Пока договор не заключен, никакого соглашения нет, и между сторонами существует конфликт. Окончание действий по заключению договора означает преодоление конфликта и только после этого появляется договорное правило, определяющее масштаб будущего поведения его сторон. По-другому не бывает. Либо есть конфликт, и нет соглашения, либо есть соглашение, а значит, нет конфликта.

Выделить стадии механизма договорного регулирования довольно проблематично. Ситуация осложняется фактом одновременности возникновения соглашения и порожденного им обязательственного правоотношения сразу после совершения сделки по заключению договора. Данное обстоятельство следует отнести к значительным особенностям механизма договорного регулирования, отличающим его от механизма правового (нормативного) регулирования. Общеизвестным фактом является существование закрепленного в норме права правила поведения еще до того, как наступил юридический факт, и уж тем более, задолго до того, как возникло правоотношение.

Как нам представляется, в этом ничего страшного нет. И установленные договором правила поведения, и урегулированное им отношение могут возникать одновременно, главное, чтобы правоотношение не возникло раньше, чем заключен договор.

Резюмируя сказанное, можно отметить, что основными стадиями механизма договорного регулирования являются:

- 1) установление договорных правил, которые демонстрируют способность воздействия права на общественные отношения (достижение соглашения);
- 2) совершение сделки по заключению договора, приводящей в действие договорное правило поведения (происходит одновременно с первой стадией);
- 3) возникновение договорного обязательства;
- 4) реализация сторонами договора своих прав и обязанностей (исполнение договора).

Ю.Ю. Нефедова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ДИСКУССИИ О ВИДАХ ОБЩЕПРИЗНАННЫХ ПРИНЦИПОВ И НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, ИСПОЛЬЗУЕМЫХ ПРИ РЕГУЛИРОВАНИИ ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННЫХ ГРАЖДАНСКИХ ОТНОШЕНИЙ

В современной российской доктрине отсутствует единый перечень общепризнанных принципов и норм, имеющих отношение к гражданско-правовой среде. Ученые-цивилисты относят к их числу запрет дискриминации иностранных участников, уважение прав человека, запрет произвольного лишения собственности¹. При этом имеются попытки выделения международно-правовых принципов, регулирующих узкий круг общественных отношений. Например, предлагается в качестве фундаментального принципа международно-правового регулирования отношений в сфере расторжения договоров найма жилых помещений и выселения считать принцип всесторонней защиты нанимателей от выселения².

Т.Н. Нешатаева выделила ряд общепризнанных международно-правовых принципов, действующих в частных отношениях: «принцип взаимного применения норм иностранного права и признания иностранных судебных актов (взаимность) как частное проявление принципов равенства и сотрудничества государств; принцип недискриминации иностранных лиц в иностранном государстве как частное выражение принципов равенства и уважения прав человека; принцип защиты публичного порядка при регулировании частных отношений (оговорка о публичном порядке) как частная сторона принципа невмешательства во внутренние дела государств; принцип неуклонного исполнения обязательств». Однако названный автор полагает, что значение таких принципов распространяется исключительно на международные частные отношения³.

Между тем подчеркнем, что включение понятия «общепризнанные принципы международного права» в общую часть гражданского права, а не только в особенную (в части, регулирующей международные частноправовые отношения), приводит нас к выводу о значении общепризнанных принципов и норм международного права и при регулировании внутригосударственных гражданских отношений.

О.А. Кузнецова предприняла попытку систематизировать общепризнанные принципы и нормы международного права, имеющие значение для гражданского права. По ее мнению, эта система может быть представлена тремя уровнями: основные принципы международного права, наиболее близкие к гражданскому праву (принципы невмешательства в дела, входящие в компетенцию другого государства, сотрудничества, суверенного равенства, добросовестного выполнения государствами своих международных обязательств, уважения прав человека и основных свобод); отраслевые (специальные) принципы международного права, наиболее близкие к гражданскому праву (суверенитет государства над своими природными ресурсами и экономической деятельностью, свобода выбора форм организации внешнеэкономических связей, экономическое сотрудничество, взаимная выгода, экономическая недискриминация, всеобщая забота об окружающей среде, свобода исследований и использования окружающей среды, предосторожный подход к окружающей среде, обеспечение безопасности международной гражданской авиации, свобода морских научных исследований); общепризнанные нормы международного права⁴.

Иная система общепризнанных принципов и норм представлена в работе В.Н. Карташова, который считает, что в ней должно быть выделено три группы: «а) регулирующие отношения между государствами (принципы публичного права); б) регулирующие частные (между гражданами/подданными различных стран, их коллективами и частными организациями) отношения (принципы частного права); в) смешанные принципы (опосредующие связи государство – гражданин/подданный, государственный орган – субъект трудовых, имущественных, семейных и иных правоотношений)»⁵.

К общепризнанным принципам международного права, используемым при регулировании гражданских отношений, относятся: *pacta sunt servanda*, вежливости и взаимности, иммунитета государства и его собственности, суверенного равенства государств, всеобщего признания, уважения и защиты прав человека и его основных свобод, принцип уважения собственности и беспрепятственного пользования своим имуществом, правовой определенности, соблюдения баланса публичного и частного интересов.

¹ *Канашевский В.А.* Международные (межгосударственные) обычаи как регуляторы частноправовых отношений // Государство и право. 2008. №7. С. 92.

² *Цомартова Ф.В.* Международно-правовые стандарты в области расторжения договоров найма жилья и выселения // Журн. рос. права. 2010. №9. С. 110.

³ *Нешатаева Т.Н.* Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2004. №3. С. 128.

⁴ *Кузнецова О.А.* Общепризнанные принципы и нормы международного права в гражданском праве: от перечня к системе // Вестн. Пермского ун-та. Юридические науки. 2009. №2(4). С. 111–118.

⁵ *Карташов В.Н.* О сущности и некоторых видах общепризнанных принципов международного права // Международное публичное и частное право. 2010. №1. С. 18–20

К ВОПРОСУ О ДЕЙСТВИИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ В СФЕРЕ БЮДЖЕТНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ ВО ВРЕМЕНИ

Недавно в практике Правительства Пермского края возник вопрос о том, разрешают ли нормы Бюджетного кодекса Российской Федерации распространять нормы, принятые Правительством Пермского края в сфере бюджетных отношений, на отношения, возникшие до момента принятия этих актов, то есть существуют ли обратная сила норм бюджетного законодательства? Рассмотрим с теоретической точки зрения поставленный вопрос.

До момента принятия Федерального закона от 26.04.2007 №63-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации» на поставленный вопрос существовал однозначный ответ, выраженный в ч.1 статьи 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой было установлено, что «акты бюджетного законодательства Российской Федерации не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или федеральным законом».

Новая редакция указанной части статьи Бюджетного кодекса Российской Федерации не столь категорична. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации закон (решение) о бюджете вступает в силу с 1 января и действует по 31 декабря финансового года, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и (или) законом (решением) о бюджете. Рассматриваемая норма права устанавливает только сроки действия закона (решения) о бюджете соответствующего публично-правового образования.

Таким образом, можно утверждать о том, что под регулирование ч. 1 ст. 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации попадают только законы, к которым относятся в соответствии со ст. 2 Бюджетного кодекса Российской Федерации сам Бюджетный кодекс Российской Федерации и принятые в соответствии с ним федеральные законы о федеральном бюджете, федеральные законы о бюджетах государственных внебюджетных фондов Российской Федерации, законы субъектов Российской Федерации о бюджетах субъектов Российской Федерации, законы субъектов Российской Федерации о бюджетах территориальных государственных внебюджетных фондов, муниципальные правовые акты представительных органов муниципальных образований о местных бюджетах, иные федеральные законы, законы субъектов Российской Федерации и муниципальные правовые акты представительных органов муниципальных образований, регулирующие бюджетные правоотношения.

Между тем в сфере бюджетного законодательства могут приниматься и иные нормативные правовые акты, регулирующие бюджетные правоотношения. Так, в соответствии со статьей 3 Бюджетного кодекса Российской Федерации Президент Российской Федерации издает указы, регулирующие бюджетные правоотношения, на основании и во исполнение Кодекса, федеральных законов, указов Президента Российской Федерации, Правительство Российской Федерации принимает нормативные правовые акты, регулирующие бюджетные правоотношения, Федеральные органы исполнительной власти принимают акты, регулирующие бюджетные правоотношения Органы государственной власти субъектов Российской Федерации принимают нормативные правовые акты, регулирующие бюджетные правоотношения, органы местного самоуправления принимают муниципальные правовые акты, регулирующие бюджетные правоотношения.

Как уже было отмечено, четкая норма о действии нормативного акта во времени установлена только для законов (решений) о бюджете. Следовательно, думается, что в связи с отсутствием прямого запрета для распространения норм подзаконных актов, регулирующих бюджетные правоотношения, существует возможность распространять эти нормативные акты на отношения, которые возникли до момента их принятия.

Единственным ограничителем в распространении норм, регулирующих бюджетные правоотношения, в этой ситуации могут выступать статьи 54 и 57 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которыми «Закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет» и «Законы, устанавливающие новые налоги или ухудшающие положение налогоплатель-

щиков, обратной силы не имеют». Однако подзаконные правовые акты в силу положений ст. 1 и 4 Налогового кодекса Российской Федерации не могут вводить новые налоги, а также устанавливать ответственность, следовательно, действие рассматриваемых нормативных правовых актов, по нашему мнению, может быть распространено на отношения, возникшие до момента их принятия без учета указанных конституционных ограничений.

В этом случае возникает еще один вопрос. В какое время могут быть приняты подзаконные нормативные правовые акты в сфере бюджетных правоотношений, распространяющие свое действие на отношения, возникшие до момента их принятия. По этому проблемному вопросу Пермский краевой суд и Судебная коллегия по административным делам Верховного суда Российской Федерации заняли позицию, основывающуюся на положениях ч. 1 ст. 5 Бюджетного кодекса Российской Федерации и заключающуюся в том, что принятие таких нормативных правовых актов за пределами финансового года является незаконным и противоречит нормам ч. 1 ст. 5, ст. 8, 12, 65, ч. 1 и 3 ст. 242 Бюджетного кодекса Российской Федерации (см. Решение Пермского краевого суда от 08 сентября 2014 г. по делу «3-82-2014, Определение судебной коллегии по административным делам Верховного суда Российской Федерации от 30 июля 2014 г. по делу №44-АПГ14-11).

Представляется, что суды не точно применили нормы Бюджетного законодательства. По нашему мнению, в связи с отсутствием прямого запрета на распространение норм бюджетного законодательства на отношения, возникшие до момента их принятия, существует возможность в случаях крайней необходимости, распространять нормы подзаконных правовых актов на отношения, возникшие до их принятия. Такие акты могут приниматься за пределами финансового года. Иное может парализовать работу органов государственной власти и местного самоуправления по регулированию бюджетных правоотношений.

Таким образом, подзаконные нормативные акты бюджетного законодательства должны иметь обратную силу. При этом Бюджетным кодексом Российской Федерации не устанавливаются сроки принятия таких актов и, следовательно, они могут быть приняты и за пределами финансового года.

А.Ф. Пьянкова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕСПРАВЕДЛИВЫЕ УСЛОВИЯ ДОГОВОРА: ВЗГЛЯД ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РФ

14 марта 2014 г. Высший арбитражный суд РФ (далее – ВАС РФ) принял постановление Пленума №16 «О свободе договора и ее пределах» (далее – Постановление о свободе договора)¹. Значительное место в этом постановлении занимает проблема несправедливых условий договора.

ВАС РФ (п. 9 постановления «О свободе договора») считает *несправедливыми условия*, которые явно обременительны для ее контрагента и существенным образом нарушают баланс интересов сторон, если при этом контрагент был в поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (т.е. оказался слабой стороной договора). При этом ВАС РФ подчеркивает, что слабая сторона может появиться и в правоотношении, связанном с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности.

Надо сказать, что такую позицию ВАС РФ уже отстаивал. Так, Высший арбитражный суд РФ признал, что, если проект кредитного договора разработан банком и содержит в себе условия, существенным образом нарушающие баланс интересов сторон, индивидуальный предприниматель – заемщик по договору – вправе, несмотря на прямой запрет закона, сослаться на положения ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения². В Постановлении по конкретному делу ВАС РФ указал, что «в ситуации, когда участниками кредитного договора являются с одной стороны предприниматель, а с другой – крупный банк, в силу положений статей 1, 10 Гражданского кодекса должна быть исключена возможность кредитной организации по наложению на контрагента неразумных ограничений... Право банка на одностороннее изменение процентной ставки по кредиту, закрепленное в договоре, не означает, что заемщик... не может доказать, что одностороннее изменение договорных условий *нарушает разумный баланс прав и обязанностей сторон...*»³.

При оценке условия договора как несправедливого суды должны исходить из совокупности факторов (п. 10 постановления «О свободе договора...»):

- фактическое соотношение переговорных возможностей сторон (было ли присоединение к предложенным условиям вынужденным);
- уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере;
- конкуренция на соответствующем рынке (наличие у присоединившейся стороны реальной возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях);
- связь с другим договором (договор, содержащий условия, создающие для нее существенные преимущества, был заключен на этих условиях в связи с наличием другого договора (договоров), где содержатся условия, создающие, наоборот, существенные преимущества для другой стороны (хотя бы это и не было прямо упомянуто ни в одном из этих договоров), и др.

В законодательстве зарубежных стран уже давно существует достаточно развернутое правовое регулирование несправедливых условий договора. Исходя из анализа различных нормативных актов можно выделить ряд признаков несправедливых условий:

- Нарушает общие принципы гражданского права: справедливости (КНР) и добросовестности (§ 307 ГГУ, п. 1 ст. 716 ГК Молдовы, ст. 1437 ГК Квебека, ст. 2-302 Единообразного торгового кодекса США, ст. 346 ГК Грузии и ст. 360 ГК Туркмении).

- Ставит сторону в чрезмерно невыгодное положение (ГГУ), грубо нарушает интересы присоединяющейся стороны (§ 879 (3) ГК Австрии), чрезмерно обременительно для присоединяющейся стороны (ст. 233 ГК Нидерландов), вредно для другой стороны (Грузия, Туркмения), причиняет присоединяющейся стороне ущерб (Молдова, Австралия).

- Оценка условия в качестве недобросовестного предполагает учет взаимных интересов сторон (Нидерланды, Грузия, Туркмения); данное условие не должно быть разумно необходимым для обеспечения интересов коммерсанта (Австралия); оно вносит дисбаланс в права и обязанности сторон (право Европейского союза, Австралии).

Как правило, несправедливые условия объявляются ничтожными. Исключение составляет ЕТК США, который предусматривает право суда отказать в принудительной защите недобросовестного условия договора (ст. 2-302). Пленум ВАС РФ предлагает слабой стороне следующие способы защиты:

- заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ или
- заявить о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК РФ.

Как видно, определение, данное ВАС РФ, выглядит вполне органично в контексте тех признаков, которые предлагает зарубежное законодательство. Вместе с тем удручает, что даже в рамках проходящей сейчас модернизации гражданского законодательства вопросам несправедливых условий договора не уделено должного внимания. В связи с реформой судебной системы не известно, как будут применяться разъяснения, данные в постановлении «О свободе договора».

¹ *Постановление* Пленума Высшего арбитражного суда РФ «О свободе договора и ее пределах» от 14.03.2014 №16 // Вестник ВАС РФ. 2014. №5. С. 85–91.

² См. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 147 «Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре» (Вестник ВАС РФ. 2011. №11).

³ *Постановление* Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 № 13567/11 по делу № А71-10080/2010-Г33 // Вестник ВАС РФ. 2012. №6.

О.А. Ряполова

Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск

ПОНЯТИЕ, СВОЙСТВА И ФОРМЫ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Категории злоупотребления правом посвящена ст. 10 ГК РФ, однако, думается, даже с учетом изменений, внесенных Федеральным законом №302 от 30 декабря 2012 г. «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», указанная норма недостаточно исчерпывающе характеризует данное явление. В частности, необходимо законодательно закрепить дефиницию злоупотребления правом, а также конкретизировать понятие пределов осуществления гражданских прав.

Видится верным определять эту категорию как форму поведения управомоченного субъекта, при которой данный субъект действует в пределах принадлежащего ему права с целью причинения вреда или получения необоснованных преимуществ перед иными субъектами.

Хотелось бы акцентировать внимание на признаках злоупотребления правом. Во-первых, злоупотребление правом – это не правомерное поведение, но и не правонарушение, а особая форма поведения. Во-вторых, субъект действует формально в пределах принадлежащего ему права. В-третьих, нормы о злоупотреблении правом относятся к императивным нормам охранительного воздействия. В-четвертых, злоупотребление правом подразумевает, что действия субъекта влекут ущерб для иных субъектов правоотношений или получение необоснованного преимущества управомоченным субъектом.

Можно выделить следующие формы злоупотребления правом:

1. Шикана – совершение действий исключительно с намерением причинить вред другому лицу. Этот вид злоупотребления правом является наиболее древним. Именно с шиканой боролись древнеримские юристы, и именно ее запрещало более позднее европейское законодательство.

2. Применение недозволенных средств реализации права

3. Применение недозволенных средств защиты права

4. Нарушение законодательства о конкуренции

5. Обход закона

Последние четыре пункта иллюстрируют стремление к получению необоснованных преимуществ перед иными субъектами правоотношений. При этом формы злоупотребления правом не выделяются по какому-либо одному критерию и не являются взаимоисключающими.

Представляет интерес пример злоупотребления правом, который приводит В.С. Ем: «Близкие родственники по предварительной договоренности могут действием, совершенным в форме договора дарения, прикрыть фактическую куплю-продажу части дома, находящегося в общей долевой собственности, с целью обхода права преимущественной покупки, принадлежащего сособственнику, с которым продавец (якобы даритель) находится в неприязненных отношениях»¹. В приведенной ситуации налицо применение недозволенных средств реализации права, которое в данном случае является еще и обходом закона.

Одним из распространенных примеров совершения действия, злоупотребляющего правом в форме обхода закона, является попытка признания права собственности на самовольную постройку в обход установленного порядка признания права собственности на объекты недвижимости². На практике возникает множество проблем, связанных со сносом самовольных построек. При их решении ключевым является определение правовой природы требования о признании права собственности на самовольную постройку и определение условий удовлетворения иска³.

Говоря о необходимости конкретизации категории злоупотребления правом, следует упомянуть типичный случай неоправданного применения судами ст. 10 ГК РФ. Связан он с ситуацией, когда суды квалифицируют как злоупотребление правом действия истца, требующего оплаты товара, цена которого определена в иностранной валюте, если на момент предъявления иска курс соответствующей валюты по отношению к российскому рублю значительно вырос.

Безусловно, случается, что в период между заключением и исполнением договора происходят непредвиденные изменения внешних факторов, нарушающие баланс имущественных интересов сторон. Однако, как справедливо отмечает В.М. Пашин⁴, на этот случай в гражданском законодательстве существует специальное средство – изменение и расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств. Условия для применения данного средства предусмотрены ст. 451 ГК РФ.

Имела место следующая ситуация⁵: акционер обратился в арбитражный суд с иском к акционерному коммерческому банку о признании недействительным решения наблюдательного совета банка в части отказа истцу в созыве внеочередного общего собрания акционеров банка.

Суд отказал в удовлетворении искового требования. Как следовало из материалов дела, до предъявления требования о созыве внеочередного общего собрания акционеров банка, по которому наблюдательным советом принято оспариваемое решение, истец в порядке, предусмотренном ст. 55 Федерального закона «Об акционерных обществах», трижды выступал с инициативой о созыве внеочередного общего собрания акционеров банка в очной форме. В качестве повестки дня инициированных внеочередных общих собраний истцом предлагался один и тот же вопрос: о внесении изменений в положение о наблюдательном совете банка. Предложения истца были удовлетворены, проведено три внеочередных общих собрания акционеров банка.

По мнению суда, истец, предъявляя указанное требование, действовал с намерением причинить вред банку. Протоколы об итогах голосования свидетельствуют, что при голосовании по предложен-

ному истцом вопросу повестки дня против внесения изменений в положение о наблюдательном совете на первом, втором и третьем инициированных истцом собраниях выступило соответственно 86,9%, 87,4% и 87,7% акционеров – владельцев голосующих акций, принимавших участие в собрании. При этом расходы на организацию, подготовку и проведение собраний легли на ответчика.

Эта ситуация представляет собой наглядный пример старейшей формы злоупотребления правом – шиканы.

В.М. Пашин считает целесообразным законодательный запрет шиканы. Причем он обращает внимание на то, что в определении данной категории необходимо делать акцент не столько на намерение одного лица причинить вред другому лицу, сколько на отсутствие у злоупотребляющего правом лица собственных позитивных интересов. Указанный ученый также полагает, что использование термина «злоупотребление правом» в норме является неоправданным.

Подобный подход не видится оптимальным. Представляется, что не нужно сужать достаточно обширную категорию злоупотребления правом до шиканы, искажая при этом изначальное понимание последней. Следует, напротив, углубить и раскрыть понятие злоупотребления правом для однозначного и адекватного применения данной категории в судебной практике.

¹ *Гражданское право*: в 4 т. Т. 1: Общая часть / под ред. Е. А. Суханова. М., 2007. С. 82.

² *Подшивалов Т.П.* Негаторный иск и защита прав на недвижимое имущество // ЗАКОН. 2011. №1. С. 89–90.

³ *Подшивалов Т.П.* Негаторный иск: дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2011. С. 90–92.

⁴ *Пашин В.М.* Институт злоупотребления субъективными правами de lege ferenda. М.: Норма, 2007. С. 36.

⁵ *Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации*: информационное письмо ВАС №127 от 25.11.2008 // Вестник ВАС РФ. 2009. №2.

Г.М. Садеева

Ульяновский государственный университет, г. Ульяновск

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИНТЕРЕСОВ РЕБЕНКА ПРИ УСЫНОВЛЕНИИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ МЕЖОТРАСЛЕВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

При усыновлении закон исходит из основного принципа семейного законодательства – обеспечение приоритетной защиты прав и интересов несовершеннолетних детей. Соблюдение их интересов является обязательным условием любого усыновления. Каждый ребенок – это неповторимая личность. Каждый случай усыновления сугубо индивидуален. Задача состоит в том, чтобы подобрать ребенку семью, где будут максимально обеспечены его интересы; учесть особенности его характера, психологического склада; определить совместимость семьи и данного конкретного ребенка и др. Именно с этой позиции надо подходить к решению вопроса о допустимости усыновления.

Интересы ребенка ни в коем случае нельзя понимать в узком смысле, например, обеспечение удовлетворительных материальных и жилищных условий. Главное – чтобы ребенок постоянно ощущал благотворное влияние семьи, чувствовал родительскую любовь, заботу, ласку; чтобы каждый из детей рос человеком культурным, всесторонне развитым, получил образование, был подготовлен к активной общественной жизни. Поскольку при усыновлении ребенок в правовом отношении полностью приравнивается к родным детям усыновителя, приобретает в лице усыновителей родителей и родную семью, следует исходить из общей посылки, что усыновление соответствует интересам детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей¹.

Интересы ребенка должны быть определяющим критерием при оценке лиц, желающих стать усыновителями, при вынесении решения об усыновлении, при отмене усыновления и при решении всех иных, более частных вопросов. Так, например, не допускается усыновление разными лицами братьев и сестер, если до этого они воспитывались вместе, за исключением случаев, когда это соответствует интересам этих детей.

Необходимо различать термины «интересы в Семейном праве» и «интересы ребенка». Первое понятие значительно более широкое, т.к. включает в себя и интересы семьи в целом, интересы отдельных членов семьи, интересы супругов и т.д. Интересы детей в свою очередь имеют особый смысл, т.к. их обладатели еще не в состоянии осознать свои потребности и интересы. Интересы ребенка – это субъективная обусловленная потребность ребенка в благоприятных условиях его осу-

ществления, находящее объективное выражение в реализации родителями своих прав и обязанностей, предусмотренных семейным законодательством².

Под интересами детей при усыновлении следует понимать создание для них благоприятных условий (как материального, так и морального характера) для воспитания и всестороннего развития (в физическом, психическом, духовном и ином отношении), максимально приближенных, если это необходимо и возможно, к обстановке, привычной для ребенка в утраченной им семье. Поэтому при усыновлении ребенка должны учитываться его этническое происхождение, принадлежность к определенной религии и культуре, родной язык, возможность обеспечения преемственности в воспитании и образовании, а также возможность обеспечить усыновляемым детям полноценное физическое, психическое, духовное и нравственное развитие³.

К интересам ребенка, которые должны быть соблюдены при усыновлении, могут быть отнесены самые разнообразные обстоятельства, влияющие на соблюдение его законных прав и интересов. Именно в интересах детей закреплено правило, согласно которому усыновление братьев и сестер разными лицами не допускается (так как при усыновлении прекращаются правоотношения ребенка не только с родителями, но и с другими родственниками), за исключением отдельных случаев, когда такое усыновление в силу тех или иных причин отвечает интересам детей.

Таким образом, именно усыновление дает возможность создать ребенку максимально близкие к семейным условия жизни и воспитания. А реализация на практике новых положений законодательства, направленных на защиту прав и законных интересов детей при усыновлении, позволит избежать злоупотреблений в этой важной социальной сфере деятельности государства, а главное, поможет детям под контролем суда с учетом их интересов обрести нормальную полноценную семью⁴.

¹ Семейное право России: учебник / Л.М. Пчелинцева. 5-е изд., перераб. М.: Норма, 2008. С. 569.

² Дубровская И.А. Права ребенка: пособие. М.: ГроссМедиа: РОСБУХ, 2008. С. 34.

³ Семейное право России: учебник / Л.М. Пчелинцева. 5-е изд., перераб. М.: Норма, 2008. С. 571.

⁴ Левушкин А.Н. Тенденции развития условий усыновления по законодательству государств – участников СНГ и стран Балтии // Законодательство и экономика. 2010. №9. С. 77.

О.А. Серова

Байкальский федеральный университет им. И.Канта, г. Калининград

ОБЩЕСТВЕННО-ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ КАК САМОСТОЯТЕЛЬНЫЙ ТИП ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА

Реформа гражданского законодательства закрепила в тексте Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК, Кодекс) новую классификацию юридических лиц – деление на корпорации и унитарные организации (ст. 65.1 ГК). Что касается иных существующих типологий и классификаций, то серьезных изменений внесено не было. Кодекс закрепил «закрытый» перечень организационно-правовых форм коммерческих и некоммерческих организаций, установив при этом, что особенности гражданско-правового положения юридических лиц отдельных организационно-правовых форм, видов и типов определяются в соответствии с ГК другими законами и иными правовыми актами (п. 4 ст. 49 ГК). Четких критериев для выделения форм, видов и типов в законодательстве нет. Поэтому представляется вполне вероятным вариантом дальнейшего развития гражданского законодательства увеличение числа разновидностей юридического лица внутри одной организационно-правовой формы. Если это увеличение будет проходить с соблюдением необходимых требований к системному характеру классификационного деления, существенных затруднений в определении правового положения новых типов и видов юридических лиц не возникнет. Значимые проблемы могут встретиться в тех случаях, когда будут возникать «пограничные» формы, относящиеся к разным классификационным группам, то есть обладающие смешанным характером.

В диссертации нами обозначалась проблема существования смешанных типов юридических лиц¹ на примере тогда еще доктринального деления данных субъектов на учреждения (теперь данная группа получила название унитарных юридических лиц) и корпорации. С.Н. Братусь отмечал, что между корпорацией и учреждением существуют образования переходного типа: имеются учреждения с корпоративным устройством и корпорации, сближающиеся по своему устройству с учреждениями². Подобные смешанные типы юридических лиц обнаруживаются и в иных случаях, связанных с правовым статусом учредителей (участников) конкретных организационно-правовых форм корпораций.

Для большинства юридических лиц, обладающих корпоративной природой, большого значения статус учредителя (участника) не имеет. В корпорациях принимают участие и физические и юридические лица. Также имеют право на участие в корпорациях и публично-правовые образования (за исключением случаев, установленных законом). Но для некоторых юридических лиц, теперь причисленных к корпоративным организациям, статус учредителя имеет существенное значение для идентификации этой организационно-правовой формы в целом. В частности, подобный признак характерен для общественной организации.

В соответствии со ст. 123.5 ГК для создания общественной организации требуется волеизъявление не менее трех лиц. Ст. 18 Федерального закона от 19.05.1995 №82-ФЗ «Об общественных объединениях»³ устанавливает, что учредителями общественного объединения могут быть физические и юридические лица, имеющие организационно-правовую форму общественного объединения. На практике предпринимались неоднократные попытки включения в число учредителей общественной организации юридических лиц иных организационно-правовых форм. Однако нормы закона сформулированы как императив, и подобные нарушения являются грубым несоблюдением требований закона.

В Законе об общественных объединениях содержится также норма о том, что органы государственной власти и органы местного самоуправления не могут быть учредителями, членами и участниками общественных объединений (ст. 19). На наш взгляд, данное правило было основано на конституционном значении общественных организаций как добровольного объединения граждан, объединившихся в установленном законом порядке на основе общности их интересов для удовлетворения духовных или иных нематериальных потребностей (ст. 30 Конституции РФ).

Также на практике возникли проблемы определения возможного участия государства в деятельности общественных организаций⁴. В частности, Правительство Российской Федерации 28 ноября 2009 г. издало Постановление № 973 «Об Общероссийской общественно-государственной организации «Добровольное общество содействия армии, авиации и флоту России»⁵. Правительство Российской Федерации распорядилось согласиться с преобразованием Общероссийской общественной организации «Российская оборонная спортивно-техническая организация» (РОСТО (ДОСААФ)) в Общероссийскую общественно-государственную организацию «Добровольное общество содействия армии, авиации и флоту России» (далее - ДОСААФ России) (п. 1), а также с тем, что ДОСААФ России выполняет ряд государственных задач (п. 2). Р. обратился в Верховный Суд Российской Федерации с заявлением о признании Постановления недействующим, ссылаясь на его противоречие нормам ГК и федеральных законов и нарушении его права как члена общественного объединения, полагая, что, издавая его, государство вмешивается в дела общественной организации, фактически реорганизует ее по своему усмотрению, с нарушением закона указывает организационно-правовую форму, которой не существует в российском законодательстве. Представляется, что это обоснование имеет существенное значение для понимания сущности общественных организаций. В системе некоммерческих организаций существуют иные формы ассоциативного совместного участия граждан и юридических лиц. Деятельность же общественных объединений основывается именно на свободном волеизъявлении граждан. Этим объясняется и ограничение участия юридических лиц исключительно в форме общественных организаций.

Рассматривая вышеупомянутый спор, Верховный суд РФ отказал в удовлетворении заявленного требования по следующим основаниям. Оспариваемый нормативно-правовой акт не противоречит федеральному закону или другому нормативно-правовому акту, имеющим большую юридическую силу, издан в соответствии с требованиями федерального закона и не противоречит ему, прав и законных интересов граждан не нарушает. В ст. 51 Закона об общественных объединениях предусмотрено, что впредь до принятия федеральных законов о государственно-общественных и общественно-государственных объединениях указанные объединения создаются и осуществляют свою деятельность в соответствии с нормативными правовыми актами органов государственной власти. Так, например, в 1996 г. был утвержден устав Общественно-государственного объединения «Всероссийское физкультурно-спортивное общество "Динамо"». Статус общественно-государственного объединения общество «Динамо» сохранило до сих пор.

В науке была высказана идея, что государственно-общественные объединения представляют собой некоммерческие публично-правовые организации, выполняющие в силу указания специальных правовых актов отдельные государственные функции, затрагивающие права, свободы, обязанности и законные интересы граждан, и не требующие применения государственного принуждения, преимущественно с целью вовлечения общественности в управление делами государства и согласования взаимных интересов государства и гражданского общества⁶. Однако данный смешанный тип юриди-

ческого лица искажает, на наш взгляд, сущность общественной организации. Фактически после изменения Конституции страны, перехода к новым социально-экономическим и политическим отношениям государство сохранило форму объединения, в большей степени характерную для советского периода развития нашей страны.

¹ Серова О.А. Теоретико-методологические и практические проблемы классификации юридических лиц современного гражданского права России. Диссертация на соискание ученой степени д.ю.н. Москва, 2011. С. 186.

² Братусь С.Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1947. С. 46.

³ Федеральный закон от 19.05.1995. №82-ФЗ (ред. от 28.12.2013) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №21. Ст. 1930.

⁴ Определение Верховного суда РФ от 29.07.2010 №КАС10-335 // Бюллетень Верховного суда РФ. 2011.№5.

⁵ Собрание законодательства РФ. 2009. №49 (II ч.). Ст. 5969.

⁶ Пиманова М.А. Правовой статус государственно-общественных объединений: дис. ... к.ю.н. Тюмень, 2007. URL: <http://www.dslib.net>.

А.Л. Стеблов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ФАУНИСТИЧЕСКОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ РОССИЙСКОГО ПРАВА

1. Фаунистическое право, представляющее систему правовых норм, регулирующих отношения по поводу животного мира (фаунистические отношения), составляет подотрасль экологического права. Выделение фаунистического права в качестве подотрасли экологического права обусловлено тем, что животный мир является компонентом природной среды. Отсюда возникает необходимость учета в праве места животного мира в системе природы и его особенностей как природного ресурса.

2. Экологическое право как система правовых норм, регламентирующих отношения, объектом которых выступает природная среда, – отрасль российского права. При этом следует иметь в виду, что объект экологических отношений – природная среда – особая подсистема общества. Этим объясняется применение общих правовых принципов правового регулирования общественных отношений к регулированию экологических отношений.

3. Животный мир (фауна) как компонент подсистемы природной среды является, в свою очередь, сложной системой, состоящей из ряда подсистем. Это охотничьи ресурсы, водные биологические ресурсы; объекты животного мира, не являющиеся объектами охоты и рыболовства; особо охраняемые животные, водные биологические ресурсы и растения. Соответственно дифференцируется и правовая регламентация отношений по поводу животного мира (фаунистических отношений).

4. Фаунистическое право имеет общую часть и особенную, состоящую из подотраслей: охотничье право, рыболовное право, правовой режим объектов животного мира, не являющиеся объектами охоты и рыболовства, их использование и охрана.

За рамками фаунистического права находится правовая регламентация правового режима особо охраняемых компонентов животного мира, которая осуществляется нормами природоохранного права.

Отношения по поводу компонентов животного мира, входящих в состав иных природных ресурсов, регламентируются нормами соответствующих отраслей права. Так, микрофауна почв не относится к животному миру как особому природному ресурсу. Это необходимый компонент земли как природного ресурса, характеризующий ее плодородие. Соответственно и отношения по поводу микрофауны, как необходимого компонента почв, регламентируются земельным правом.

5. Общую часть фаунистического права составляют правовые нормы и институты, закрепляющие предмет, методы, принципы правового регулирования и систему законодательства о животном мире, правовой режим животного мира, правовой статус субъектов фаунистических отношений, право собственности и иные вещные права на объекты животного мира, формы и способы регулирования отношений по поводу объектов животного мира, регламентирующие пользование, охрану и улучшение (мелиорацию) животного мира, способы обеспечения соблюдения законодательства о животном мире.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕЖИМА НАЕМНЫХ ДОМОВ

В последнее время наблюдается активизация процесса расширения сфер государственно-частного партнерства и появления его разнообразных форм. Одной из новых форм государственно-частного партнерства в жилищной сфере являются наемные дома, правовое регулирование создания и прекращения которых закреплено в Жилищном кодексе РФ¹, дополненном разделом III.2 «Наемные дома», введенном в действие Федеральным законом от 21.07.2014 №217-ФЗ². Рассмотрим, какие аспекты этого правового института могут представлять интерес для потенциального инвестора, в чем привлекательность новой формы осуществления жилищных прав для граждан и каковы преимущества этой формы сотрудничества с бизнесом для публичных структур.

Легальное определение наемного дома закреплено в ст. 91.16 Жилищного кодекса РФ, по смыслу которой следует, что основным критерием отнесения здания к категории наемных домов является цель его использования – предоставление гражданам во владение и пользование для проживания. В качестве наемного может выступать здание, которое принадлежит на праве собственности одному лицу (жилой дом) либо все помещения в котором находятся в собственности одного лица (многоквартирный дом). Таким образом, закон исключает для наемных домов принадлежность отдельных помещений в них различным субъектам, а также общую собственность как на здание в целом, так и на помещения в нем, допуская лишь индивидуальную собственность одного субъекта, как частного лица, так и публично-правового образования (РФ, субъекта РФ, муниципального образования). Следовательно, наемные дома могут входить в состав как частного, так и государственного и муниципального жилищных фондов.

В качестве частного собственника наемного дома могут выступать как коммерческие организации (за исключением унитарных предприятий, так и некоммерческие юридические лица (кроме учреждений), если предоставление гражданам во владение и пользование для проживания здания или помещений в нем не противоречит основной цели их деятельности. Жилищный кодекс РФ не содержит ни указания, ни запрета относительно того, может ли в качестве собственника наемного дома выступать гражданин. Думается, что это является допустимым, однако в этом случае следует учитывать пп. 2 п. 1 ст. 91.2 ЖК РФ, которым установлено, что в качестве наймодателя по договорам найма жилых помещений жилищного фонда социального использования может выступать организация, являющаяся собственником жилого помещения частного жилищного фонда или уполномоченная собственником такого жилого помещения. В этом случае собственник – физическое лицо сможет вступить в отношения с нанимателями не непосредственно, а опосредованно – через юридическое лицо (по тексту закона – организацию), наделенное им соответствующими полномочиями, которое при этом должно удовлетворять требованиям, установленным Правительством Российской Федерации³. Закрепление специальных требований к нанимателю обуславливает установление запрета на передачу такой специализированной организацией иному лицу полномочия на заключение данных договоров по договору, доверенности или иному основанию (п. 3 ст. 91.2 ЖК РФ).

В случае, если наймодатель не является собственником предоставляемого внаем помещения или здания (жилого дома), его полномочия на заключение договора найма жилого помещения жилищного фонда социального использования должны быть подтверждены доверенностью без права передоверия, выдаваемой собственником передаваемого внаем объекта. Отношения между собственником и наймодателем регулируются гражданско-правовым договором, тип которого не получил четкого законодательного закрепления. Представляется допустимым использовать конструкцию агентского договора, либо заключать смешанный договор, однако для более точной квалификации такого договора необходимо установление четких требований к правовому статусу организации-наймодателя, а также к распределению ответственности перед нанимателем между собственником имущества и наймодателем.

Жилищный кодекс РФ предусматривает две разновидности наемных домов – социального использования и коммерческого использования. Несмотря на единую цель использования наемных домов обоих видов (предоставление гражданам во владение и пользование для проживания), а также общих правил по ограничению продажи либо отчуждения иным образом помещений в них, между

ними имеются существенные различия, состоящие в: а) отнесении их к определенным жилищным фондам; б) использовании различных типов договоров для оформления отношений между нанимателем и наймодателем; в) определении круга лиц, способных выступать в качестве нанимателей; г) определении платы за пользование жилыми домами или помещениями в них д) предоставлении поддержки для создания, эксплуатации наемного дома и др.

По критерию цели использования жилых помещений наемные дома социального использования относятся к жилищному фонду социального использования, а наемные дома коммерческого использования – к жилищному фонду коммерческого использования (п. 3 ст. 19 ЖК РФ), что изначально предопределяет наличие различий в правовом режиме наемных домов различных видов. Цель использования здания в качестве наемного дома социального или коммерческого использования устанавливается административным актом, договором или решением собственника, допускается ее изменение либо прекращение использования здания в качестве наемного дома (ст. 91.17 ЖК РФ). При этом наемные дома социального использования подлежат учету в муниципальном реестре наемных домов социального использования органами местного самоуправления муниципальных образований (за исключением Москвы, Санкт-Петербурга и Севастополя), на территориях которых расположены такие дома (ст. 91.18 ЖК РФ).

Законом установлены определенные ограничения оборота наемных домов, обусловленные целью их использования, которые выражаются, во-первых, в недопустимости продажи либо иного отчуждения помещений в наемном доме разным лицам, во-вторых, в сохранении цели использования наемного дома в случаях, когда отчуждение является допустимым (ч. 5 ст. 91.16 ЖК РФ).

Жилые помещения в наемном доме социального использования предоставляются по договорам найма жилых помещений жилищного фонда социального использования, урегулированным главами 8.1 и 8.2 ЖК РФ, и договорам найма жилых помещений (гл. 35 ГК РФ). Минимальная доля жилых помещений, предоставляемых по договорам найма жилых помещений жилищного фонда социального использования, в общем количестве жилых помещений в наемном доме социального использования и минимальная доля общей площади таких жилых помещений в общей площади всех жилых помещений в таком доме определяются публичным актом, договором или решением собственника об установлении цели использования здания в качестве наемного дома социального использования, но не могут быть менее пятидесяти процентов (ч. 4 ст. 91.16 ЖК РФ). Предметом рассматриваемого договора не могут выступать комнаты (части квартиры). Жилые помещения в наемном доме коммерческого использования предоставляются по договорам найма жилых помещений.

В качестве нанимателей по договору найма жилых помещений жилищного фонда социального использования может выступать более широкий круг граждан (ст. 91.3 ЖК РФ), в отличие от договора социального найма, при этом плата за наем является регулируемой, в отличие от договора коммерческого найма. Наличие вышеназванных особенностей новой договорной модели делает ее привлекательной в том числе для граждан, у которых отсутствуют основания для заключения договора социального найма.

Собственники наемных домов социального использования вправе рассчитывать на государственную, муниципальную и (или) иную поддержку для их создания и эксплуатации, в том числе за счет средств бюджетов бюджетной системы Российской Федерации либо путем предоставления находящегося в государственной или муниципальной собственности имущества (в частности, земельных участков), что создает дополнительные стимулы для инвестирования таких объектов. В целом закрепление в законодательстве наемных домов как объектов недвижимости со специфичным правовым режимом имеет важное значение, поскольку направлено на предоставление более широких возможностей для обеспечения потребностей в жилье граждан, для которых в силу различных причин иные способы осуществления права на жилище оказываются неприемлемыми.

¹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 №188-ФЗ (ред. от 21.07.2014) // Российская газета, №1, 12.01.2005.

² О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части законодательного регулирования отношений по найму жилых помещений жилищного фонда социального использования: Федеральный закон от 21.07.2014 №217-ФЗ // Российская газета, №163, 23.07.2014.

³ К настоящему моменту еще не приняты.

**ПРЕКРАЩЕНИЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ
НА ЖИЛЫЕ ПОМЕЩЕНИЯ ПО СТ. 293 ГК РФ**

Статья 293 ГК РФ, в которой закреплены основания для прекращения права собственности на жилое помещение в случае бесхозяйного обращения с ним, устанавливает далеко не традиционные для частного права положения, что вызывает необходимость как доктринального их исследования, так и оценки правоприменительной практики, складывающейся в данной сфере.

Основной теоретической проблемой, требующей решения в свете обозначенной темы, является определение правовой природы обязанностей собственника жилого помещения и ответственности за их несоблюдение. Установление нормами частного права таких обязанностей и оценка их правовой природы всегда вызывала споры в юридической литературе. Абсолютное господство собственника над своей вещью, как правило, не предполагает существования каких-либо обязанностей перед третьими лицами, связанными с содержанием объекта права. Однако их прямое законодательное закрепление (в частности в отношении жилых помещений) требует определения места указанных обязанностей в возникающих правоотношениях. Одни ученые считают их частью содержания права собственности, другие поясняют природу данных обязанностей через категорию бремени, третьи отводят им самостоятельную роль в правоотношениях собственности. Тем не менее представляется, что считать данные обязанности традиционными гражданско-правовыми обязанностями нет оснований, поскольку нет того субъективного права, существование которого бы эти обязанности обеспечивали: ни права неопределенного количества лиц, ни права конкретного субъекта. Невозможно и понуждение к исполнению таких обязанностей со стороны третьих лиц, считающих, что их «права» нарушены. И если первое утверждение поддерживается складывающейся судебной практикой, в соответствии с которой ни сособственник, ни соседи не вправе предъявлять требования о прекращении права собственности (см., например, решение Красносельского районного суда (Костромская область) №2-101/2014 ~ М-62/2014 от 14.04.2014), то второе утверждение судебной практикой не всегда разделяется. Так, существуют далеко не единичные примеры удовлетворения судами исков о возложении обязанности не содержать в доме домашних животных отапливать помещение (см., например, Решение Красноборского районного суда (Архангельская область) №2-112/2014 ~ М-25/2014 от 03.03.2014). Представляется, что удовлетворение подобных исков объяснимо в большей степени с позиции гуманных соображений, чем норм законодательства, а исполнимость подобных судебных решений представляется сомнительной.

Нельзя также разделить позицию о публично-правовом характере обязанностей собственника по содержанию жилого помещения в связи с тем, что она не позволяет дать однозначных ответов на следующие вопросы. Неужели публичное право нуждается в «дозволении» со стороны частного права в установлении подобного рода обязанностей? Почему содержание данных обязанностей формулируется в источниках частноправовой направленности? Почему последствия их неисполнения закрепляются там же и подчиняются общим правилам гражданско-правовой ответственности, о чем прямо говорят и разъяснения высших судебных инстанций¹? На каком основании публично-правовая обязанность иногда частично «передается» третьим лицам: на основании норм закона или договоренностей между ними? Вероятно потому, что природа данных долженствований не носит публично-правового характера. Первоначальное появление указанных норм действительно было связано исключительно со сферой публичного права. Так, Е.В. Васьковский писал, что подобные «ограничения» есть не что иное, как публично-правовые обязанности административного характера, лежащие на владельцах недвижимости, никто из частных лиц не может понудить собственника путем гражданского судопроизводства к их исполнению. За их выполнением следят государственные органы и в случае необходимости применяют административные меры к нарушителям². Однако реалии современности противоречат этому утверждению.

В силу специфического характера названных обязанностей согласимся с тем, что их природу нужно искать в интересах субъекта. Закон возлагает данные долженствования для того, чтобы способствовать наиболее эффективной реализации принадлежащего субъекту права. Это обязанности, которые можно назвать «обязанностями для себя», «эгоистическими обязанностями», адресатом по-

ложительного эффекта от их исполнения является в первую очередь сам обладатель этого права³. Безусловно, от того, что собственник содержит свое имущество, плюсы получают как общество, государство в целом, так и его отдельные представители (например соседи), но от этого данное должествование не превращается в публично-правовую обязанность, как и от того, что ее установил закон. В связи с этим совершенно справедливыми выглядят следующие слова Д.Б. Савельева: собственник несет расходы на содержание своего имущества не в силу обязательства перед кем-либо, а исходя из собственных интересов⁴.

Предлагаем называть рассмотренные должествования правореализационными обязанностями собственника, т.е. такой правовой формой должного поведения обладателя субъективного права собственности, которая направлена на создание условий для эффективного осуществления своего права. Именно тогда, когда нормы частного права, возлагают на собственника обязанность по содержанию вещи, итоговой целью которых является сохранение объекта, возникает феномен совпадения права и обязанности. Одновременное существование схожих по содержанию возможности и должествования приводит ученых к ошибочному выводу о том, что обязанность по содержанию вещи включается в правомочия субъективного права. Однако это недопустимо, т.к. данные должествования представляют собой самостоятельную правовую форму.

Надо отметить, что судебная практика по применению ст. 293 ГК РФ постепенно формируется. Еще несколько лет назад можно было утверждать, что суды не прекращают право собственности на бесхозно содержимое жилое помещение⁵. Однако в настоящее время положительные решения выносятся судами не только тогда, когда речь идет о случаях, получивших публичное обсуждение (в частности, в случае содержания большого количества животных – см.: решение Орехово-Зуевского городского суда Московской области от 01.09.2011), но и при отсутствии такого «общественного контроля» (см., например, Решение Моршанский районный суд Тамбовской области №2-381/2014 ~ М-191/2014р от 13.05.2014).

¹ В частности, из содержания второго абзаца десятого пункта постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 02.07.2009 №14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» следует, что лишение права собственности на жилое помещение в порядке ст. 293 ГК РФ по существу является мерой гражданско-правовой ответственности, применяемой к собственнику жилого помещения при нарушении установленных законом пределов осуществления права собственности на жилое помещение.

² Васильковский Е.В. Курдиновский В. К учению о легальных ограничениях права собственности на недвижимость в России. Одесса, 1899. 384 с. // Цит. по: Микрюков В.А. Ограничения и обременения гражданских прав. М., 2007. С. 122.

³ Данные должествования очень близки с такой правовой формой, как кредиторские обязанности, т.е. к таким должествованиям, которые установлены в интересах активного участника обязательственного правоотношения.

⁴ Савельев Д.Б. Совершенствование законодательства о кондоминиумах в целях обеспечения прав домовладельцев: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 111, 112.

⁵ Один из многочисленных (но уже «классических») примеров отказа: администрация городского поселения обратилась в суд с иском о прекращении права собственности на бесхозно содержимое помещение, указывая, что на протяжении длительного времени жилой дом не используется собственниками для проживания. Суд отказал в удовлетворении иска по той причине, что истец не заявил требований о принудительной реализации жилья с публичных торгов, как это предусмотрено ст. 293 ГК РФ, хотя судом истцу предлагалось уточнить предмет заявленных требований: решение Сальского городского суда Ростовской области по делу №2-948. URL: <http://rospravosudie.com>. (дата обращения: 21.01.2013).

А.В. Сятчихин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЗАРАНЕЕ ОЦЕНЕННЫЕ УБЫТКИ И НЕУСТОЙКА: СООТНОШЕНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ

В цивилистике достаточно долгое время ведется дискуссия о соотношении категорий заранее оцененных убытков и неустойки, отдельных ее видов. Решение этого вопроса принципиально, поскольку именно в отличительных функциях того или иного явления кроется его природа, а в нашем случае – правовая природа взыскания заранее оцененных убытков, отличная от природы неустойки.

В 60-е гг. прошлого столетия Л.А. Лунц и И.Б. Новицкий определяли неустойку как исчисленную заранее оценку возмещаемых убытков¹, сформулировав понятие «оценочной неустойки». В советской науке договорное определение размера прогнозируемых убытков рассматривалось через институт неустойки, одним из главных аргументов чего являлось наделение кредитора правом выбора на взыскание с должника либо убытков, либо неустойки.

Однако еще Д.И. Мейер отмечал, что «независимо от вознаграждения за убытки, лицо подвергается иногда еще какому-либо имущественному лишению в пользу субъекта нарушенного права, - другими словами, подвергается гражданскому наказанию, называемому пенею или штрафом»². Такое понимание способа обеспечения обязательств принято называть «штрафной неустойкой»³.

В тот же период появилось господствующее ныне «компенсационно-штрафное» понимание неустойки. Согласно позиции К.В. Нама любая неустойка одновременно содержит в себе две составляющие. Первая, компенсационная, проявляется при возмещении убытков – сумма неустойки засчитывается при определении их размера. При непредъявлении же иска неустойка фактически выполняет функцию возмещения. Вторая, штрафная, связана с тем, что заранее определенная сторонами неустойка подлежит взысканию вне зависимости от размера или наличия убытков⁴.

Концепция оценочной неустойки сближает правовую природу последней с взысканием заранее оцененных убытков. Поэтому целесообразно соотносить выполняемые штрафной и компенсационно-штрафной неустойкой функции с функцией заранее исчисленных убытков.

Согласно мнениям ученых-юристов неустойка выполняет карательно-штрафную функцию как основную либо как дополнительную. При этом в литературе иногда отмечается, что штрафной и стимулирующий элемент не всегда играет главную роль, а, напротив, выступает как факультативное свойство⁵.

С одной стороны, такая позиция отчасти подтверждается наличием ст. 333 Гражданского кодекса РФ⁶, устанавливающей требование соразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства – при ненадлежащем исполнении обязательства кредитор не сможет реализовать интерес в форме полноценного штрафа при заявлении должником в суде требования об уменьшении его размера. С другой стороны, упомянутые в статье последствия нарушения обязательства не обязательно сводятся к наличию убытков, имеющих функцию восстановления имущественного положения потерпевшей стороны. Поскольку взыскание убытков в соответствии с принципом полного возмещения восстанавливает положение кредитора, постольку иные последствия ненадлежащего исполнения будут иметь отнюдь не восстановительный характер. Так, исходя из толкования ст. 330 Гражданского кодекса РФ неустойка взыскивается независимо от фактического причинения убытков, поскольку кредитор не обязан доказывать причинение убытков при заявлении требования о ее взыскании. Таким образом проявляется, с одной стороны, карательно-восстановительная функция наиболее популярного способа обеспечения обязательств, с другой – ее особенность. Она видится, как отмечает А.В. Волков⁷, в том, что причинно-следственная связь между нарушением обязательства и неустойкой установлена самим законом, соединяющего единственную причину (просрочка исполнения) со следствием (взыскание). Иными словами, проверяя соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства, суд реализует не компенсационную, а ее карательно-восстановительную функцию.

Важной отличительной особенностью штрафной неустойки в этой связи является отсутствие прямой зависимости между ее размером и нарушением договора: штраф может либо не покрывать понесенных стороной убытков, либо, что соответствует природе штрафа, – значительно превышать его. Заранее оцененные убытки, в свою очередь, представляют собою результат прогнозирования возможных негативных последствий от нарушения конкретного условия договора, основанный на определенной методике их подсчета. Отсутствие карательной функции взыскания заранее оцененных убытков объясняется тем, что при добросовестном подходе к установлению их размера стороны руководствуются данными, полученными в результате анализа типичных нарушений обязательств (конкретных условий договоров), подсчета понесенных при этом имущественных потерь. Целесообразно также выявлять определенные закономерности при нарушении условий договора и установлении имущественных последствий такого рода действий, иными словами – предопределять причинно-следственную связь. В таком случае договорные убытки явятся максимально приближенным отражением действительных экономических потерь.

Исходя из самого названия, заранее оцененные убытки представляют собой прогнозируемый размер убытков от ненадлежащего исполнения условий договора, что объясняет стремление сторон к

их применению – способствовать формальному ограничению гражданско-правовой ответственности пределами ожидаемого размера убытков.

Как в дореволюционном, так и в советском и постсоветском периодах в отечественной цивилистике освещался вопрос соотношения неустойки и взыскания убытков. Проект Гражданского уложения Российской империи 1905 года в ст. 1606 трансформировал неустойку из компенсационно-штрафной меры в средство возмещения убытков⁸. Это было сделано, как представляется, в связи со сложностью процедуры доказывания конкретного размера убытков. Поскольку взыскать неустойку было проще, чем добиться возмещения понесенных убытков, постольку именно в неустойке более рельефно проявлялась стимулирующая функция, позволяющая с определенной степенью гарантии возместить некоторую часть убытков. Но в то же время усиление стимулирующей функции приводило к ограничению восстановительной: неустойка часто могла покрыть лишь часть предвиденных при заключении договора убытков.

Вслед за дореволюционными цивилистами советские исследователи определяли неустойку (за исключением штрафной) через убытки – как способ их предварительного расчета, оценку⁹. В современных условиях мы не можем в полной мере встать на позицию советских ученых, поскольку прогнозирование вероятных убытков возможно лишь при наличии методики их определения, как правило, отсутствующей при установлении ныне размера договорной неустойки. К тому же логически неверно определять один вид гражданско-правовой ответственности через другой самостоятельный, имеющий иной набор выполняемых функций.

Однако в правоприменительной практике, к сожалению, складывается иной подход относительно функциональной нагрузки заранее оцененных убытков. Так, Президиум ВАС РФ в одном из постановлений¹⁰, по сути, приравнял исследуемую категорию к способу обеспечения, определив условие ее функционирования, – формальное соответствие разновидностям неустойки. В этой связи, как отмечается в литературе, на сегодняшний день заранее исчисленные убытки квалифицируются судами либо как штраф (пени), либо как классические убытки, заставляя тем самым рисковать потерпевшую сторону если не применением ст. 333 Гражданского кодекса РФ, то угрозой их невзыскания по мотиву недоказанности состава¹¹. Возможно, поэтому некоторые современные исследователи предлагают отождествить категорию заранее оцененных убытков и исключительную неустойку¹² либо видеть в последней лишь форму проявления первой¹³.

Решение обозначенной проблемы нам видится в закреплении в ст. 15 Гражданского кодекса РФ, наряду с общим правилом о полном возмещении убытков, дополнительной возможности для участников хозяйственного оборота самостоятельного определения размера прогнозируемых убытков на случай ненадлежащего исполнения конкретных условий договора.

¹ См.: *Новицкий И.Б., Луц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1960. С. 238.

² Русское гражданское право: чтения Д.И. Мейера / под ред. А.Вицына, 3-е изд, испр. СПб: Тип. Н. Тиблена и комп., 1864. С. 204.

³ См.: *Новошицкий А.Н.* Компенсационная функция денежных санкций: дис. ... канд. юрид. наук. Донецк, 1975.

⁴ См.: *Нам К.В.* Основные направления развития института договорной ответственности в российском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1998.

⁵ См.: *Хохлов В.А.* Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора: дис. ... д-ра юрид. наук. Самара, 1998. С. 255.

⁶ *Гражданский кодекс РФ* (ч. первая) от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 05.05.2014 г.) // РГ, 1994. №238-239.

⁷ См.: *Волков А.В.* Возмещение убытков по гражданскому праву России. Волгоград: Издатель, 2000. С. 49.

⁸ См.: *Проект* высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения. Кн. V. СПб., 1905.

⁹ См.: *Граве К.А.* Договорная неустойка в советском праве. М., 1950. С. 15; *Гражданское право*. М., 1969. Т. 1. С. 50.

¹⁰ *Постановление* Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 сентября 2011 г. №9899/09 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

¹¹ См.: *Курмаев Р.М.* Современные тенденции взыскания убытков и неустойки в арбитражной практике // *Вестник Федерального арбитражного суда Московского округа*. 2012; *Арутюнова О.Л.* О правовой природе компенсационной выплаты // *Налоговая политика и практика*, 2013. №3.

¹² См.: *Груздев В.В.* Гражданско-правовая защита имущественных интересов личности. Кн. вторая: Отдельные аспекты защиты. М.: Юстицинформ, 2014.

¹³ См.: *Романец Ю.В.* Этические основы права и правоприменения. М.: Зерцало-М, 2012.

**ДОКАЗЫВАНИЕ В НОТАРИАЛЬНОМ ПРОЦЕССЕ:
СООТНОШЕНИЕ НОТАРИАЛЬНОЙ И СУДЕБНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

История развития нотариата и судебной деятельности тесно связаны между собой. Многие авторы считают, что нотариат формировался и развивался «параллельно с появлением и развитием судопроизводства для облегчения и обслуживания судебного разбирательства; поэтому наиболее эффективно этот институт действует во Франции, Австрии, Дании и некоторых других развитых странах, где он входит составной частью в судебную ветвь власти и независим от органов исполнительной власти государства»¹.

Согласно принятому в 1866 году «Положению о нотариальной части» нотариус в Российской империи являлся судебным чиновником. Назначение на должность нотариуса производилось Губернским судом, в компетенцию которого входила проверка как квалификации претендента, так и проверка работы нотариуса. В тех уездах, в которых отсутствовал нотариус, нотариальные действия совершали мировые судьи. В советское время нотариальные органы в разные периоды организационно входили то в систему органов юстиции, то в судебную систему. Несмотря на то, что позднее судебные и нотариальные органы были отделены, между ними остались общие черты. Основной задачей и судов, и нотариата, является защита прав и законных интересов. Целью нотариальной деятельности, как и деятельности судебной, является установление и подтверждение юридически значимых фактов. Например, для закрепления, фиксирования и сохранения каких-либо доказательств, нотариус, как и суд может принять меры по их обеспечению по заявлению заинтересованного лица, если существуют основания полагать, что представление данных доказательств в дальнейшем станет затруднительным или невозможным. Согласно ст. ст. 64–66 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации, а также ст. ст. 102, 103 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате суд и нотариат выполняют действия по обеспечению доказательств, руководствуясь при этом сходными требованиями, за исключением того, что нотариус обеспечивает доказательства до возбуждения дела в суде или административном органе, а суд после. Осуществляя меры по обеспечению доказательств, нотариусы руководствуются не только Основами законодательства о нотариате, но и, как суды, гражданским процессуальным законодательством. И суд, и нотариат могут опираться на письменные доказательства, такие, как заявления сторон, заключения специалистов, договоры, свидетельства и пр. Нужно оговориться, что нотариус, по сравнению с судом значительно ограничен в обеспечении доказательств, и обеспечивает только те доказательства, о которых ему заявляют заинтересованные лица, исходя при этом из содержания представленных ему документов и (или) на основе непосредственного восприятия фактических обстоятельств. При выполнении таких нотариальных действий в силу своей правовой модели нотариус, в отличие от суда, зачастую не имеет возможности проверить законность, подлинность документов, достоверность их содержания. Он фиксирует только факт осмотра вещей или документов, ответы свидетеля на поставленные ему в ходе допроса вопросы, не оценивая представленные документы, не оценивая показания свидетеля. В отличие от суда нотариус не имеет возможности запрашивать вещественные доказательства, включая аудио- и видеозапись, вызывать свидетелей, санкционировать проведение следственных действий с целью установления того или иного достоверного факта. В результате предпринятых мер по обеспечению доказательств как судья, так и нотариус составляют определенные акты.

При этом отличие таких актов существенно: судебные постановления, решения и определения имеют общеобязательный характер, обязательны для исполнения всеми, а в случае необходимости их принудительная реализация обеспечивается системой исполнительного производства и службой судебных приставов. Нотариальные акты, за некоторым исключением (например, нотариально удостоверенных соглашений об уплате алиментов и исполнительных надписей), исполнительной силы не имеют, и обязать к принудительному исполнению другую сторону нотариального действия может только суд².

Названное отличие объясняется тем, что сферой деятельности суда является, в большинстве случаев, разрешение споров по поводу нарушенного права, а нотариальная деятельность осуществляется в бесспорной сфере.

По мнению многих авторов не существует принципиальных различий в том, от кого исходит правоустанавливающий документ – от суда или от нотариуса, они должны иметь одинаковую юридическую силу.

Однако, в настоящее время укрепилось мнение о том, что гарантией конституционных прав является только судебная их защита. Представляется, что такой подход к способам защиты является несколько однобоким, поскольку умаляет роль других способов защиты законных прав и интересов, в частности, путем оформления нотариальных актов в той области, в которой это способствует разгрузке судов, т.е. предупреждающих споры.

Многие юристы-теоретики и юристы-практики едины во мнении о том, что нотариальный акт имеет большую доказательственную силу по сравнению с документами, составленными в простой письменной форме, поскольку обязательным условием нотариального акта является соблюдение материального закона и юридических процедур; тем самым практически исключается удостоверение актов, противоречащих закону. Нотариус при совершении нотариальных действий обязан по возможности предусмотреть все возможные последствия совершаемого нотариального действия, предотвратить и предупредить споры в будущем. Нотариус отвечает за правомерность совершаемых им нотариальных актов.

При удостоверении сделок нотариус в соответствии со ст. 163 Гражданского кодекса Российской Федерации осуществляет проверку законности сделки, в том числе наличия у каждой из сторон права на ее совершение в порядке, установленном законом о нотариате, тем самым обеспечивает защиту законных прав и интересов не только участников сделки, но и третьих лиц, права и законные интересы которых затрагиваются заключаемой сделкой.

В соответствии с этим большинство юристов негативно оценивает отказ законодателя от традиционного для российского права требования обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью.

От того, насколько точно будет выявлена суть правоотношений, установленная в ходе особого процесса – процесса доказывания, зависит, будет ли установлена истина или нет. И от того, насколько четко будет построен процесс доказывания, зависит и результат доказывания – само доказательство, зависит, будет ли такое доказательство достаточным и допустимым.

Однако, законодатель, четко регламентируя порядок получения доказательств в уголовном, гражданском и арбитражном процессе, нотариальный процесс почему-то обходит вниманием. Между тем, он не в меньшей степени затрагивает права и законные интересы граждан и юридических лиц. Четкое законодательное урегулирование процедуры доказывания в нотариальном процессе помогло бы в большей степени разрешить зарождающиеся споры до того, как станут предметом рассмотрения суда, снизилось число ошибок и разногласий в ходе нотариальных действий, нотариальные акты стали бы «железобетонной бумагой», а закрепленные нотариусом факты стали бы надежной опорой судебных решений.

В отличие от уголовно-процессуального процесса сбора доказательств, когда преступление уже совершено, и ни следователь, ни судья не наблюдали его, доказательства строятся из следов, оставленных преступлением; в отличие от гражданско-процессуального процесса сбора доказательств, связанного также с уже состоявшимися событиями, – нотариальный процесс сбора доказательств имеет двойственную природу. С одной стороны, нотариус исследует доказательства имевшегося(состоявшегося) в прошлом события (факта и т.п), а с другой стороны, он непосредственно участвует в создании доказательств, также подтверждающихся документами. Именно участие нотариуса в создании доказательств отличает нотариальную деятельность от деятельности следственных и судебных органов.

Шалаева Н.Е. сравнивая особенности уголовно-процессуального, гражданско-процессуального и нотариального процесса доказывания, выявляет следующие отличия:

«– нотариальное познание направлено на установление фактов и обстоятельств при отсутствии нарушенного или оспариваемого права;

– в процессе нотариального познания субъекты нотариального правоотношения преследуют общую цель – установление бесспорности фактов и обстоятельств законодательно предусмотренными средствами, каковыми и являются процедуры совершения нотариальных действий;

– нотариус в отличие от следственных органов, органов прокуратуры и суда обязан принимать решения единолично, руководствуясь находящимся в его распоряжении арсеналом законодательно допустимых механизмов, значительно более узким, нежели у органов следствия и суда;

– нотариальная деятельность призвана доказывать даже те права, о которых на момент совершения нотариального действия спора не имеется. Нотариус доказывает бесспорное»³

Доказывание в нотариальном процессе – это законодательно установленная деятельность нотариуса и лиц, участвующих в нотариальном производстве по сбору, представлению, истребованию и обеспечению доказательств. Нотариальный процесс доказывания имеет свои особенности, присущие только нотариату. И с учетом этих особенностей, должно быть законодательное регулирование этого процесса. Процесс этот должен быть максимально формализован, процедура собирания и оценки представленных нотариусу доказательств должна быть регламентирована достаточно точно.

В настоящее время уже довольно давно прорабатывается новый закон о нотариате и нотариальной деятельности в Российской Федерации. Думается, что в новом законе о нотариате должно быть уделено самое пристальное внимание теоретически обоснованному процессу создания нотариальных доказательств, которые бы могли эффективно защитить права и законные интересы участников гражданского оборота на том этапе, пока такие права и интересы еще не нарушены, и защищать создаваемые права в будущем.

¹ См.: *Беньягуев Г.И.* Нотариат как часть судебной системы // *Нотариус.* 2006. №4. С. 44.

² См.: *Нотариальное право России* / под ред. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 20–21.

³ См. Шалаева Н.Е. Нотариальное доказывание как основа нотариального процесса // *Нотариус.* 2012. №1. С. 2.

К.П. Татаркина

Томский государственный университет, г. Томск

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МАССОВЫХ СДЕЛОК: ОБНОВЛЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Целью настоящей статьи является сопоставление отдельных изменений, планируемых внести в ГК РФ, с толкованием действующего законодательства, данным Высшим Арбитражным судом РФ, по некоторым вопросам правового регулирования массовых сделок.

Основной конструкцией, используемой в российском законодательстве для регулирования массовых сделок, является договор присоединения (ст. 428 ГК РФ). В соответствии с действующей редакцией п. 3 ст. 428 ГК РФ при наличии указанных в законе обстоятельств требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор.

В основе этого легального правила лежали рассуждения о том, что предприниматели, являясь профессиональными участниками оборота, уже на стадии заключения договора должны оценить, насколько обременительными являются для них предлагаемые договорные условия и при необходимости могли воспользоваться «квалифицированной защитой своих интересов» еще до заключения договора¹. В действительности же навязывание обременительных договоров является распространенным явлением как среди обычных участников гражданского оборота, так и среди предпринимателей.

Поэтому предложение об исключении правила п. 3 ст. 428 ГК РФ, высказанное сначала в Концепции развития гражданского законодательства, а позднее нашедшее отражение и в проекте изменений ГК РФ [4], было поддержано в литературе².

Однако еще до принятия указанных изменений в ГК РФ ВАС РФ, руководствуясь аналогией закона, разрешил применять правила п. 2 ст. 428 ГК РФ к участникам предпринимательской деятельности в случае, если проект договора разрабатывается одной стороной и содержит в себе условия, существенным образом нарушающие баланс интересов сторон³.

Как известно, п. 2 ст. 428 ГК РФ позволяет при определенных условиях присоединившейся к договору стороне потребовать его расторжения или изменения. Именно судебное расторжение и изменение договора являются теми способами, которые предусматриваются законодателем для защиты прав слабой стороны, вступившей в договорные отношения на явно обременительных условиях.

Как Концепция развития гражданского законодательства, так и проект изменений в ГК РФ не предусматривает изменения данного перечня.

Возможность указанными способами эффективно защищать права слабой стороны договора присоединения является спорной.

© Татаркина К.П., 2014

Статья подготовлена в рамках проведения научного исследования по гранту Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых - кандидатов наук (МК-4242.2014.6).

Проект изменений в ГК РФ не предусматривает изменение перечня способов защиты прав стороны, присоединившейся к явно обременительному договору. В нем предполагается внести изменения в части уточнения момента наступления правовых последствий судебного изменения или расторжения договора присоединения.

По общему правилу п. 3 ст. 453 ГК РФ при изменении или расторжении договора в судебном порядке обязательства считаются измененными или прекращенными с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

В отступление от общего правила проектом изменений ГК РФ предлагается наступление таких последствий с обратной силой: «Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения».

Такой подход законодателя в отношении наступления правовых последствий изменения навязанного договора является вполне понятным и логичным. Ведь если сторона не имела возможности противостоять заключению договора на невыгодных условиях и впоследствии, воспользовавшись специально предусмотренным способом защиты, добилась изменения договора, применение изменений с обратной силой отвечает ее интересам и в наиболее полном виде восстанавливает неблагоприятные последствия.

Спорным является предложение признавать договор расторгнутым с момента его заключения. Ведь расторжение договора обычно предполагает отмену правовых последствий соглашения на будущее время. Более того именно момент наступления правовых последствий отличает факт расторжения договора от признания его недействительным. Так как в первом случае отмена правовых последствий договора наступает на будущее время, в то время как при признании договора недействительным правовая связь между сторонами признается изначально не существующей. Думается, что именно к такому правовому результату стремился законодатель, конкретизируя момент наступления правовых последствий расторжения навязанного договора присоединения.

Иную позицию относительно перечня способов защиты прав присоединившейся стороны высказал Высший Арбитражный Суд РФ. В п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 г. №16 Высший Арбитражный Суд фактически расширяет перечень возможных способов защиты прав слабой стороны, нарушенных при заключении договора присоединения, дополняя их возможностью заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ, а также правом заявить о ничтожности таких договорных условий в соответствии со ст. 169 ГК РФ⁴.

Предложенные ВАС РФ способы защиты прав при заключении договора присоединения в большей степени отвечают интересам слабой стороны в договоре, т.к. сторона, которой обременительные условия были навязаны, может с момента заключения такого договора не считать себя связанной такими обременительными условиями.

В том же случае, если сторона предложившая договор присоединения и навязавшая невыгодные договорные условия при неисполнении таких условий слабой стороной пожелает получить судебную защиту суд в соответствии с п. 2 ст. 10 ГК РФ должен будет отказать в ее предоставлении.

Сделка, противная основам правопорядка или нравственности является ничтожной, а потому недействительна с момента ее заключения и не влечет никаких последствий, кроме тех, которые связаны с ее недействительностью (п. 1 ст. 167 ГК РФ).

Предложения по изменению правил о совершении массовых сделок, в частности правил о договоре присоединения, отчасти поддерживаются судебной практикой. Фактически, констатируя возможность применения п. 2 ст. 428 ГК РФ к отношениям между предпринимателями, ВАС РФ опережает процесс обновления законодательства и действует в соответствии с предписаниями, которым еще только предстоит стать действующим законом.

В некоторых случаях толкование ВАС РФ по сути создает новые, не известные ни действующему закону, ни проекту изменений в ГК РФ правила, как например, о расширении перечня способов защиты прав слабой стороны в договоре присоединения.

⁴ Гражданское право. Обязательственное право: Учебник в 4х т. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер. 2008. Т. 3. Гл. 38. § 3.3. Публичные договоры и договоры присоединения [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»;

² Подробнее см.: *Татаркина К.П.* Особенности сделок, совершаемых в массовом порядке, по российскому гражданскому законодательству // Вестник Томского государственного университета. Право. 2013 №3. С. 111–112.

³ *Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кредитном договоре: информационное письмо от 13.09.2011 г. №147 // Вестник ВАС РФ. №11. 2011.*

⁴ *О свободе договора и ее пределах: постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 №16 // Вестник ВАС РФ. 2014. №5*

Е.И. Трубинова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ФИКСАЦИЯ МОМЕНТА ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА НА КОММЕРЧЕСКОЕ ОБОЗНАЧЕНИЕ

Весьма затруднительной является фиксация момента возникновения у правообладателя исключительных прав на коммерческое обозначение, что выступает необходимым условием его защиты. Исключительное право на коммерческое обозначение возникает с даты, когда такое средство индивидуализации предприятия приобрело достаточные различительные признаки и его употребление стало известным в пределах определённой территории¹. Что является достаточной степенью известности обозначения? Как следует определять территориальные границы известности такого средства индивидуализации?

Некоторые исследователи полагают, что достаточной является любая степень известности при наличии донесения информации о деятельности пользователя обозначения своим потребителям и потенциальным клиентам². Вместе с тем достаточной является не любая степень известности, но только та, которая обеспечивает устойчивый процесс выбора со стороны неопределённого круга лиц в пользу индивидуализированного обозначением предприятия в рамках определённых географических границ. Но каким образом правообладатель может зафиксировать момент возникновения достаточной степени известности средства индивидуализации предприятия?

Разрешение указанного вопроса представляет для хозяйствующих субъектов определённые затруднения. Так, лицо, осуществляющее хозяйственную деятельность с использованием соответствующего обозначения достаточно продолжительный период времени – более 17 лет, не представило в материалы дела доказательства, свидетельствующие об известности коммерческого обозначения как средства индивидуализации предприятий истца (журналы, визитные карточки, каталоги)³. При этом недостаточной для защиты прав на коммерческое обозначение является фиксация даты возникновения такого права, необходимы также подтверждения использования исключительного права на соответствующий объект в отсутствие перерыва в таком использовании сроком год и более, поскольку в ином случае соответствующее право прекращается⁴, что находит отражение и в правоприменительной практике⁵.

При определении возможных действий управомоченного субъекта для охраны прав на коммерческие обозначения считаем возможным апеллировать к опыту фиксации существования правового режима коммерческого обозначения в иных правовых системах. Правообладатели в США, Великобритании охраняют и защищают права на коммерческие обозначения при помощи предъявления иска «passing off», который является аналогичным существующей в правовой системе России конструкции признания права. Между тем соответствующий способ защиты может быть применён только в случае, когда имеет место нарушение исключительного права на коммерческое обозначение, либо существует угроза такого нарушения, поскольку ответчиком должен выступать конкретный экономический агент, что проявляется и в деле «Sheraton Corp. of America v. Sheraton Motels Ltd»⁶. Распространена также практика «квазирегистрации» коммерческих обозначений у нотариусов либо объединений хозяйствующих субъектов⁷, что обеспечивает фиксацию даты публичного признания исключительного права на коммерческое обозначение. Факт публичного признания может быть подтверждён данными социологических опросов, которые, по мнению большинства экспертов (65%)⁸, имеют огромное значение в делах о недобросовестной конкуренции.

Ряд авторов, полагая, что правовое регулирование коммерческого обозначения в правовой системе России не завершено, считают необходимым законодательно закрепить процедуру обязатель-

ной государственной регистрации коммерческого обозначения в Роспатенте с проведением формальной экспертизы заявки и экспертизы на соответствие предъявляемым к обозначению требованиям⁹. Указанное предложение не представляется достаточно обоснованным, поскольку оно противоречит сути коммерческого обозначения, которое есть средство индивидуализации предприятия локального характера; его широкая известность на значительной территории имеет место в крайне редких случаях, так как использование соответствующего средства индивидуализации наиболее удобно для хозяйствующих субъектов, относимых к «предприятиям малого и среднего бизнеса» и ориентированных преимущественно на ограниченную территорию осуществления деятельности.

Более того, реальный переход экономики России от монополистической формы конкуренции к инновационной возможен исключительно при условии стимулирования малых и средних по рыночной доле хозяйствующих субъектов, на что, в частности, направлено оформление кластерной системы. Вместе с тем обострение конкуренции может являться стимулом к внедрению инноваций для разработки принципиально нового товара или оказания уникальных услуг исключительно при условии формирования устойчивой деловой репутации экономического агента, чему в существенной степени способствует именно коммерческое обозначение как наиболее доступное вследствие отсутствия регистрационной системы прав на него для хозяйствующего субъекта средство индивидуализации.

Момент возникновения у хозяйствующего субъекта права на коммерческое обозначение может быть зафиксирован значительным количеством фактических обстоятельств:

– датой «квазирегистрации» коммерческого обозначения у нотариуса. Особенности правового режима рассматриваемого объекта требуют также представления и нотариального заверения результатов актуальных социологических опросов, рекламных проспектов, буклетов. При этом самостоятельное создание и ведение экономическими агентами реестра коммерческих обозначений, в который вносятся сведения об имеющихся, по мнению заявителей, коммерческих обозначениях, недопустимо. Следует отметить, что попытка создания и ведения такого реестра на территории РФ предпринималась, как и имели место действия по выдаче свидетельств на коммерческие обозначения патентными поверенными¹⁰, что не соответствует основам правового статуса такого средства индивидуализации;

– датами составления и распространения рекламных материалов, содержащих указание на коммерческое обозначение предприятия, что является одним из наиболее распространённых способов определения даты возникновения права на такой объект в иностранной правоприменительной практике. Так, при рассмотрении дела «Alain Bernardin et Cie. v. Pavillion Properties Ltd» суд отметил, что распространение рекламных материалов и карт постоянных посетителей среди неопределённого круга лиц в Лондоне осуществляется истцом систематически на протяжении более шестнадцати лет, а это свидетельствует о возникновении права на коммерческое обозначение «Crazy Horse Saloon» более шестнадцати лет назад¹¹;

– датами заказа печатей, фирменных бланков, включающих коммерческое обозначение, а также даты договоров, актов, писем и иных документов с соответствующим объектом;

– датами фотокопий вывесок, оформления помещений, содержащих в качестве элемента коммерческое обозначение.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) (п. 1 ст. 1539): Федеральный закон от 18.12.2006 №230-ФЗ (ред. от 12.03.2014) // Российская газета. 22.12.2006. №289.

² Дедков Е. Защита интересов добросовестного пользователя средства индивидуализации против правообладателя товарного знака // Хозяйство и право. 2012. №11. С. 100.

³ Постановление ФАС Московского округа от 19.02.2013 по делу №А40-106571/11-26-807 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) (п. 2 ст. 1540): Федеральный закон от 18.12.2006 №230-ФЗ (ред. от 12.03.2014) // Российская газета. 22.12.2006. №289.

⁵ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.02.2011 по делу №А03-3248/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ *Sheraton Corp. of America v. Sheraton Motels Ltd.* (1964, UK). RPC 202. URL: <http://swarb.co.uk/lisc/IntIP19601969.php> (дата обращения: 19.06.2014).

⁷ См.: *Stephen Pericles Ladas. Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection.* Cambridge: Harvard University Press, 1975. P. 1561.

⁸ См.: Андрощук Г. Использование социологических опросов в делах о недобросовестной конкуренции // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2013. №10. С. 55–63.

⁹ См.: Кондратьева Е.А. Объекты интеллектуальных прав: особенности правовой охраны. М.: Статут, 2014. С. 112–116; Забегайло Л.А., Назарова И.А. Неправомерное использование чужого коммерческого обозначения как акт недобросовестной конкуренции // Российская юстиция. 2008. №10. С. 6–9.

¹⁰ *О регистрации* коммерческих обозначений: информационное письмо Роспатента от 30.01.2009 // Патенты и лицензии. 2009. №3.

¹¹ *Alain Bernardin et Cie. v. Pavillion Properties Ltd.* (1967, UK). RPC 581. URL: <http://swarb.co.uk/lisc/IntlP19601969.php> (дата обращения: 19.06.2014).

А.А. Тюлькин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОТИВОРЕЧИЕ ПУБЛИЧНОМУ ПОРЯДКУ КАК ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТКАЗА В ПРЕДОСТАВЛЕНИИ ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ СРЕДСТВАМ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Согласно пп. 2 п. 3 ст. 1483 ГК РФ не допускается государственная регистрация в качестве товарных знаков обозначений, представляющих собой или содержащих элементы, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали. Аналогичное требование предусмотрено применительно к фирменному наименованию в пп. 4 п. 3 ст. 1473 ГК РФ.

Используемое сочетание «противоречие общественным интересам» никак не определено и не может быть однозначно понято из приведенной нормы. Кроме того, такая формулировка позволяет необоснованно широко трактовать общественные интересы, что может негативно отразиться на интересах правообладателя. Т.Ю. Погребинская указывает, что в литературе выявлено два подхода к приведенному сочетанию: первый определяет противоречие общественным интересам как противоречие добрым нравам, т.е. требованиям морали, а второй – как противоречие общественному (публичному) порядку¹. По мнению автора, первый подход необоснованно сужает содержание понятия обозначений, противоречащих общественным интересам². Необходимо отметить, что в п. 3 ст. 6 *quinquies* (В) Парижской конвенции речь идет не об «общественных интересах», а о «публичном порядке»: товарные знаки могут быть отклонены при регистрации или признаны недействительными, если знаки противоречат морали или публичному порядку и, в особенности, если они могут ввести в заблуждение общественность. Далее в этом пункте указано, что знак не может рассматриваться как противоречащий публичному порядку по той единственной причине, что он не соответствует какому-либо положению законодательства о знаках за исключением случая, когда само это положение касается публичного порядка. Г. Боденхаузен указывает, что «знаком, противоречащим публичному порядку, может быть знак, не соответствующий фундаментальным правовым и социальным концепциям данной страны»³. Приведенное мнение вносит ясность в понимание неопределенной фразы «общественный интерес», которая закреплена в указанных нормах. В литературе под соответствием публичному порядку обычно понимают требования, уже предусмотренные в отношении фирменного наименования и товарного знака в пп. 1–4 п. 4 ст. 1473 ГК РФ и п. 2 ст. 1483 ГК РФ соответственно⁴. С 01.10.2014 г. эти требования закреплены в ст. 1231.1 ГК РФ⁵ применительно ко всем средствам индивидуализации и промышленным образцам. В п. 1 указанной нормы предусмотрено, что не может предоставляться правовая охрана в качестве средств индивидуализации объектам, включающим, воспроизводящим или имитирующим официальные символы, наименования и отличительные знаки либо их узнаваемые части. В п. 2 будет указано, что приведенные символы, наименования и знаки, их части и имитации могут быть включены в средство индивидуализации как неохранные элементы с согласия соответствующего органа или организации.

Последовательно было бы включить в указанную норму и требования, предусмотренные п. 4 ст. 1483 ГК РФ, касающиеся особо ценных объектов культурного наследия народов Российской Федерации, объектов всемирного культурного или природного наследия и изображения культурных ценностей. В п. 4 ст. 1483 ГК РФ предусмотрено, что эти обозначения могут стать товарными знаками в случае согласия на это соответствующего собственника. Хотя и в этом случае более правильно было бы разрешать их использование лишь в качестве неохранных элементов, поскольку эти обозначения являются достоянием всего общества, и неправильно предоставлять возможность их монополизации отдельному лицу даже с согласия актуального собственника. К тому же это требование должно распространяться на все средства индивидуализации, а не только на товарные знаки.

Получается, что нормами закона требование о публичном порядке в достаточной степени конкретизировано и оно не может отождествляться с требованием о непротиворечии общественным интересам, поскольку его дублирование в предельно абстрактной форме не имеет никакого смысла.

Ограничения предоставления правовой охраны, связанные с публичным порядком, нельзя относить к запретам, устанавливающим пределы осуществления исключительного права, поскольку, соблюдая некоторые условия, подобные обозначения возможно использовать в составе средства индивидуализации.

Требование публичного порядка введено для обеспечения истинности информации, которое несет средство индивидуализации, чтобы избежать введения в заблуждение потребителей и (или) контрагентов. В сущности, указанное требование является запретом использования известного обозначения, имеющего значение для всего общества, которое потенциально принадлежит определенному лицу и может использоваться в составе средств индивидуализации при согласии этого лица. Какому субъекту может предоставляться право на такое обозначение, в законе не указано.

Некоторые пояснения можно получить, проанализировав требования относительно фирменного наименования, определяющие правила использования в этом средстве наименования «Российская Федерация» или «Россия», а также слов, производных от этого наименования, которые имеются в п. 4 ст. 1473 ГК РФ и в Постановлении Правительства РФ от 03.02.2010 №52⁶. Эти требования сводятся к тому, что предпринимательская деятельность субъекта должна иметь значительные объемы в масштабах всего государства или доля участия Российской Федерации в этом субъекта должна превышать 25%.

Эти же требования вполне возможно использовать при включении в средство индивидуализации флага и герба Российской Федерации. Остальные государственные символы и знаки должны применяться в средствах индивидуализации в исключительных случаях в зависимости от конкретных условий. Рассматриваемые требования должны относиться к символам, наименованиям и знакам местного самоуправления, поскольку без таких условий требование истинности не будет соблюдено.

Для включения в средство индивидуализации наименований международных и межправительственных организаций, их символов и знаков необходимо, чтобы индивидуализируемый объект каким-либо образом был связан с этими организациями теми целями, для которых такие организации были созданы.

Официальные знаки отличия должны быть присвоены индивидуализируемому объекту для их включения в средство индивидуализации.

Касательно объектов наследия и изображения культурных ценностей, то они могут быть включены в средство индивидуализации, принадлежащее самому собственнику или иным лицам, но с согласия собственника, главное, чтобы на эти объекты и изображения не устанавливалось исключительное право.

Рассматриваемое требование обеспечивает выполнение средством индивидуализации только информационной функции, соответственно, о монополии на эти символы, наименования, знаки не может быть и речи, т.е. их допустимо использовать несколькими лицами одновременно в качестве неохраняемых элементов.

¹ *Погребинская Т.Ю.* Соответствие общественным интересам, принципам гуманности и морали как условие охраноспособности товарного знака в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 62.

² См.: *Погребинская Т.Ю.* Указ. соч. С. 78.

³ *Боденхаузен Г.* Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М.: Прогресс, 1977. С. 162.

⁴ См.: *Погребинская Т.Ю.* Указ. соч. С. 80; *Святоц Ю.И.* Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. М.: ЦНИИПИ, 1969. С. 51–52.

⁵ *О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»: федеральный закон от 12.03.2014 №35-ФЗ // Рос. газета. 2014. №59. 14.03.*

⁶ *Об утверждении Правил включения в фирменное наименование юридического лица официального наименования «Российская Федерация» или «Россия», а также слов, производных от этого наименования» // Собрание законодательства РФ. 2010. 08.02. №6. ст. 660.*

**ИЗМЕНЕНИЯ В ПРАВОВОМ ПОЛОЖЕНИИ ТИПОВ УЧРЕЖДЕНИЙ
СОГЛАСНО ФЕДЕРАЛЬНОМУ ЗАКОНУ ОТ 05.05.2014 Г. №99-ФЗ**

С 1 сентября 2014 года вступает в силу Федеральный закон от 5 мая 2014 г. №99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (далее – Закон №99-ФЗ), сохранивший в кодифицированном законе гражданско-правовую типологию российских государственных и муниципальных учреждений.

Как и предполагалось в юридической литературе, реформирование гражданского законодательства предполагает лишь частичное развитие и пересмотр подходов, закрепленных Федеральным законом от 8 мая 2010 г. №83-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений» (далее – Закон №83-ФЗ), положения которого рассматривались в качестве этапа совершенствования правового положения государственных и муниципальных учреждений, в том числе по вопросам правомочий в отношении закрепленного за ними имущества¹.

Вступающая в силу с 1 сентября 2014 г. редакция п. 2 статьи 123.21 ГК РФ по-прежнему делит учреждения на три вида: частные, государственные и муниципальные. Осталась и типизация государственных и муниципальных учреждений на казенные, бюджетные и автономные (п. 1 ст. 123.22 ГК РФ).

Общими для данных типов учреждений Законом №99-ФЗ установлены следующие особенности:

1) унитарность: учреждения не имеют в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли и не распределяют полученную прибыль между участниками.

2) основной для них признается деятельность, непосредственно направленная на достижение целей, ради которых они созданы.

Вместе с тем легальные дефиниции указанных типов учреждений содержатся в различных нормативно-правовых актах: автономных – в ч. 1 ст. 2 Федерального закона «Об автономных учреждениях», бюджетных – в п. 1 ст. 9.2 Федерального закона «О некоммерческих организациях», казенных – в абз. 39 ст. 6 Бюджетного кодекса Российской Федерации.

По мнению Н.Е. Карягина, понятия казенного, бюджетного и автономного учреждения целесообразно было бы закрепить именно в ГК РФ: теоретической основой для такого решения стал бы предусмотренный Концепцией развития гражданского законодательства Российской Федерации принцип генерализации – превращения в общие нормы ряда имеющихся частных правил².

Частным учреждениям, формально не поделенным законодателем на типы, посвящена отдельная статья – 123.23 ГК РФ, в соответствии с которой сохранено их полное или частичное финансирование собственником и ответственность по своим обязательствам находящимися в их распоряжении денежными средствами. В случае их недостаточности субсидиарная ответственность возлагается на собственника имущества частного учреждения.

В то же время, по нашему мнению, частные учреждения можно считать как одним из видов учреждений (как элемент видовой классификации), так одновременно и одним из типов учреждений (как элемент общей типологии рассматриваемых юридических лиц). Так или иначе, в гражданском обороте частные учреждения выступают в своем непосредственном качестве.

Одна из новелл Закона №99-ФЗ связана с правомочием учредителя преобразовать частное учреждение в автономную некоммерческую организацию или фонд (п. 3 ст. 123.23 ГК РФ). Однако, исходя из п. 1 ст. 57 ГК РФ, реорганизация юридического лица может быть осуществлена не только его учредителями (участниками), но и органом юридического лица. Такой орган может быть образован и в частном учреждении (с определением в его уставе соответствующих полномочий) – запрет на это законодательство не содержит.

Следовательно, представляется достаточным сохранить в п. 3 ст. 123.23 ГК РФ указание лишь на возможность преобразования частного учреждения в указанные организационно-правовые формы

унитарных некоммерческих организаций без уточнения того, что это может сделать только учредитель.

В силу требований некоторых законов, учреждения должны иметь внутренние документы. Так, для осуществления закупок, в соответствии с Федеральным законом «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц», бюджетное учреждение должно иметь положение о закупке, утверждаемое органом, осуществляющим функции и полномочия его учредителя и регулирующим довольно обширный круг некорпоративных отношений (п. 6 части 3 ст. 2 указанного закона).

Следовательно, более корректным видится исключение введенного Законом №99-ФЗ ограничения круга отношений, регулируемых внутренними документами юридического лица, лишь корпоративными отношениями.

В рамках сохраненной в ГК РФ Законом №99-ФЗ классификации учреждений по-прежнему отсутствует какое-либо отнесение к тому или иному ее элементу сохранившихся в различных нормативно-правовых актах научных, исправительных, судебно-экспертных и других подобных учреждений.

Например, подп. 8 п. 3 ст. 50 ГК РФ в новой редакции отнес государственные академии наук к государственным учреждениям, а общественные учреждения к числу частных, не указав при этом, какое конкретно место в классификации российских учреждений им отведено.

В связи с делением учреждений на три типа и учитывая особенности последовательного деления юридических лиц, логично считать упоминаемые в других нормативно-правовых актах учреждения их подтипами.

Установление подтипа учреждения позволяет определить специальный закон, закрепляющий особенности его правового положения в той или иной сфере общественной жизни, а также отчасти статус его учредителя.

Согласно абз. 2 п. 2 ст. 123.21 ГК РФ в новой редакции, при создании учреждения не допускается соучредительство нескольких лиц. Представляется, что данное изменение, внесенное в ГК РФ и соответствующее положениям п. 2 ст. 15 Федерального закона «О некоммерческих организациях»), целесообразно в первую очередь не с точки зрения подконтрольности учреждений, а с точки зрения поиска субсидиарного должника в случае возникновения у учреждения долга и недостаточности денежных средств на лицевом счете последнего.

Измененный п. 3 ст. 123.21 ГК РФ однозначно решил вопрос о субъекте ответственности по обязательствам учреждения – таковым является собственник его имущества. В редакции подп. 5, 6 ст. 123.22 ГК РФ Закон №99-ФЗ, в отличие от Закона №83-ФЗ, предусмотрел нормы о субсидиарной ответственности собственников имущества бюджетных и автономных учреждений по обязательствам, связанным с причинением вреда гражданам.

Благодаря другому нововведению Закона №99-ФЗ (абз. 2 п. 1 ст. 123.21 ГК РФ) право самостоятельного распоряжения по существу стало «дополнительным правомочием учреждения (распоряжением) в рамках права оперативного управления»³, чем по большей части была снята продолжительная научная дискуссия о природе данного права.

¹ Вавилова А.А. Распоряжение имуществом государственных и муниципальных учреждений Российской Федерации // Имущественные отношения в Рос. Федерации. 2012. №3. С. 71–80.

² Карягин Н.Е. Новое в правовом положении государственных и муниципальных учреждений // Муницип. служба: правовые вопросы. 2012. №3. С. 4–7.

³ Формаликов Д.А. Вещное право: учеб. пособие. Пермь, 2008. С. 107.

К.Р. Файзрахманов

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

К ВОПРОСУ О ВЕЩНЫХ КАЧЕСТВАХ ИСКА О ПРИЗНАНИИ ПРАВА ИЛИ ОБРЕМЕНЕНИЯ ОТСУТСТВУЮЩИМ

В настоящее время в цивилистике сложился относительно широкий спектр классификационных модификаций системы способов защиты гражданских прав. Однако классификация исков на вещные

(actio in rem) и личные (actio in personam) является древнейшей, будучи впервые закрепленной в Институтциях Гая.

Появление иска о признании права или обременения отсутствующим в отечественной правовой действительности связано с принятием Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации №10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»¹.

Заменив собой практику применения исков о признании недействительными прав, юридическая конструкция которых была подвергнута справедливой критике², рассматриваемое средство защиты было призвано устранить ряд пробелов в регулировании правовых ситуаций, когда предусмотренный законом объем правовых инструментов оказывался недостаточным.

Данное обстоятельство поставило целый ряд вопросов перед наукой гражданского права, в числе которых дискуссия об отнесении данного средства к системе вещно-правовых или обязательственных способов защиты. Учитывая, что у большинства цивилистов не вызывает сомнений факт того, что защита вещных прав не ограничивается исключительно традиционными вещными исками, позиция о том, что изучаемое средство может быть отнесено к числу вещных, не является скольконибудь очевидной и нуждается в соответствующей научной аргументации.

Как считает С.А. Краснова, деление способов защиты (исков) на вещные и личные проводилось в римском праве и проводится современной наукой гражданского права исключительно по объекту защиты³. Как точнее замечает А.А. Иванов, средства защиты должны быть направлены на вещь, а не на личность собственника; иными словами правовые средства защиты права собственности всегда должны иметь своим предметом вещь⁴.

Анализ судебной практики свидетельствует об отсутствии единого представления о материальных качествах иска о признании права или обременения отсутствующим. Если в ситуации, когда право собственности на один и тот же объект недвижимости зарегистрировано за разными лицами или оспаривается отсутствующее обременение и вещный характер защиты достаточно очевиден, то в случаях оспаривания свойств зарегистрированного объекта (движимая вещь зарегистрирована в качестве недвижимой) позиция судов относительно неоднозначна.

Следует признать небесспорной логику суда, изложенную в широко известном Постановлении Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ) №17085/12 от 28 мая 2013 г.⁵, характеризующем заявленный в данном деле истцом иск в качестве обязательственного. Фабула дела: орган местного самоуправления и индивидуальный предприниматель заключили договор аренды земельного участка с видом разрешенного использования – для эксплуатации стадиона – сроком на десять лет. При отсутствии согласия собственника земельного участка индивидуальный предприниматель зарегистрировал права на мини-футбольное поле, футбольное поле и другие объекты недвижимого имущества, в связи с чем впоследствии обратился к органу местного самоуправления с требованием о предоставлении земельного участка в собственность за плату. Узнав о данных обстоятельствах, орган местного самоуправления обратился в суд с требованием признать отсутствующими зарегистрированные права предпринимателя на указанные объекты. Пересматривая в порядке надзора ранее принятые судебные акты и удовлетворяя заявленные требования, Президиум ВАС РФ правомерно указал, что поскольку арендатор зарегистрировал спорные объекты без согласия собственника, кроме того, данные объекты не могут быть охарактеризованы в качестве недвижимых, а являются улучшениями земельного участка, сам по себе факт государственной регистрации прав на такие объекты за третьими лицами ущемляет интересы собственника земельного участка, и потому суд вправе дать этим объектам иную квалификацию и не применять к отношениям сторон правила о недвижимых вещах. Однако одновременно суд указал, что заявленное истцом требование является обязательственным, мотивируя это тем, что государственная регистрация своего права собственности на переданное ему в аренду имущество была осуществлена ответчиком в нарушение его обязательств перед истцом по договору аренды вопреки нормам закона и условиям договора. Из этого суд выводит, что заявленный иск о признании отсутствующим права собственности ответчика на имущество, при отсутствии требований о прекращении арендных отношений, направлен на восстановление тех обязательственных отношений, которые существовали между ним и ответчиком до государственной регистрации права собственности последнего на арендованное имущество, т.е. является иском о восстановлении положения, существовавшего до нарушения ответчиком обязательств по договору аренды.

Приведенная правовая позиция Президиума ВАС РФ, как представляется, окончательно запутала и без того с трудом формируемую судебную практику применения иска о признании права или

обременения отсутствующим. Несмотря на то что в науке высказывалось мнение о двойственной природе, к примеру, иска о признании⁶, смешение правовых качеств вещных и обязательственных способов защиты теоретически не оправдано.

Как отмечает К.И. Скловский, суть дуализма гражданского права, т.е. деления его на вещные и обязательственные права и институты, – в его непреклонной строгости, в невозможности любого наличного права быть одновременно и тем и другим⁷.

В рассматриваемом деле действия индивидуального предпринимателя не были связаны с нарушением обязательства, более того, не изменяли характера относительной связи между органом местного самоуправления и арендатором, будучи направленными непосредственно на разрушение вещной связи собственника с принадлежащим ему имуществом. В данном случае восстановление положения, существовавшего до нарушения обязательственного права, достигается таким же косвенным образом, как восстановление вещной связи при признании сделки недействительной.

Кроме того, спорной следует признать квалификацию судом истца как невладеющего. Полагаем, что вести речь об утрате владения можно лишь в том случае, когда установлено, что противоположная сторона владеет имуществом в отсутствие воли собственника. Учитывая, что в рассматриваемом деле органом местного самоуправления какие-либо требования о возврате имущества или о расторжении договора аренды не предъявлялись, ответчик является законным владельцем, ни одно из правомочий собственником не утрачено, а имеет место непосредственное посягательство на вещное право, установление факта владения истцом не должно входить в предмет доказывания не в силу обязательственной природы возникшего спора, а ввиду отсутствия спора между сторонами в части владения.

Таким образом, приведенный анализ убедительно свидетельствует в пользу того, что вне зависимости от правовой ситуации иск о признании права или обременения отсутствующим проявляет свои вещные качества, т.е. потенциал правовой защиты непосредственно направлен на вещь, требование носит внедоговорной характер.

¹ *Постановление* Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации №10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» // Вестник ВАС РФ. 2010. №6.

² *Лапач В.* Проблемы оспаривания права // *Хозяйство и право.* 2007. №2. С. 107–112.

³ *Краснова С.А.* Система способов защиты вещных прав. М.: ИНФРА-М, 2014. С. 67.

⁴ *Иванов А.А.* Правовые средства защиты права частной собственности // *Известия вузов. Правоведение.* 2001. №6. С. 83.

⁵ *Постановление* Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации №17085/12 от 28 мая 2013 г. по делу А32-29673/2011 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ *Серегина О.Л.* Иск о признании права собственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Волгоград, 2007. С. 72.

⁷ *Скловский К.И.* Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010. С. 72.

С.Ю. Филиппова

Московский государственный университет, г. Москва

ДОГОВОРНАЯ НЕУСТОЙКА: ОПЫТ ИНСТРУМЕНТАЛЬНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Заключение договора – вид правовой деятельности, в ходе которой стороны устанавливают правовую связь, планируют будущую деятельность по достижению правовых целей, прорабатывают потенциальные проблемы, связанные с исполнением договорного обязательства, уточняют возможности и потребности друг друга. Правильно проведенный преддоговорный процесс, снятые и урегулированные конфликты в дальнейшем способствуют максимально полному удовлетворению потребностей контрагентов.

Все договорные условия можно разделить на основные – направленные на достижение правовых целей субъектов и вспомогательные – специально не направленные на достижение правовых целей, но содействующие таковому путем устранения препятствий, создания условий, стимулирующих стороны к соблюдению договорных обязательств и минимизирующие негативные последствия от нарушения договорных условий. К числу последней группы условий относятся условия об ответственности за ненадлежащее исполнение договорного обязательства.

При разработке договорных условий, условия о неустойке включаются в последние разделы договоров, как правило, в составлении этих условий не принимают участия непосредственные исполнители договорного обязательства – они вырабатываются юристами.

Законодательные ограничения договорной неустойки не чрезмерны. Так, запрещается снижение законной неустойки. В соответствии с п. 2 ст. 332 ГК РФ размер законной неустойки может лишь увеличиваться соглашением сторон, но не уменьшаться, однако такое право на увеличение размера неустойки в сравнении с законной договором может ограничиваться законом. Специальную детализацию эта норма получила в отношении договоров с участием граждан-потребителей. В соответствии с п. 2 ст. 400 ГК РФ не допускается ограничение ответственности по договору с таким гражданином, а значит, не допустимо и ограничение неустойки.

Избыточная договорная неустойка может быть снижена судом в порядке, предусмотренном ст. 333 ГК РФ, при этом в соответствии с п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. №81 «О некоторых вопросах применения ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации», снижение размера неустойки производится судом по заявлению ответчика, но не по своей инициативе при доказательстве явной несоразмерности размера неустойки размеру причиненных убытков, а в п. 2 этого постановления установлен предельный размер снижения договорной неустойки по денежным обязательствам – неустойка не может быть снижена более чем до размера двукратной ставки рефинансирования Центрального банка России.

В таком виде договорная неустойка «сливается» с законной, свобода договора в части разработки и внедрения условий о неустойке существенно ограничена.

В этой связи возникает потребность проанализировать договорную неустойку с позиций инструментального подхода, оценив ее воздействие на динамику правовой связи между субъектами, ее функции, а также регулятивный эффект от условий о договорной неустойке.

Введение условия о неустойке, как правило, провоцирует острую стадию конфликта, при этом, в отличие от иных конфликтов, возникающих в преддоговорной стадии, противоречия между сторонами по размерам неустойки являются неконструктивными – их согласование не приводит к проработыванию потенциально возможных сложностей в процессе исполнения договорного обязательства (как, например, преддоговорные споры по условию о сроках поставки отдельных партий товара, о качестве, особых свойствах товара, порядке его приемки и гарантии качества), вместе с тем на урегулирование разногласий по размеру неустойки тратится «драгоценное» сотрудничество, объем которого в социальной группе не бесконечен. Это значит, что сторона, которая пошла на уступки в вопросе о размере неустойки, в свою очередь ожидает от контрагента встречных уступок, касающихся иных условий договора, по которым возникают разногласия сторон, сама же в дальнейшем менее склонна к уступкам, считая, что свой вклад в дело урегулирования разногласий она уже внесла.

Понимание этого обстоятельства при разработке проектов договоров должно являться сдерживающим фактором при включении чрезмерного размера неустойки – в преодолении такой несоразмерности можно будет потерять выигрыш по согласованию иных, более важных условий. Это особенно неприятно в ситуации уже описанной выше возможности снижения договорной неустойки судов, если она окажется явно несоразмерной. Может получиться, что потеряв на других условиях, неустоечное условие также не работает как ожидалось.

Однако верно и обратное. Включение в проекты договоров условий о чрезмерных неустойках может являться тактически обоснованным, если снижая такую неустойку в переговорном процессе, сторона намерена таким образом демонстрировать свое сотрудничество и уступки, на которые она идет при заключении договора, на этом основании сохраняя неизменными значимые для себя условия договора в своей редакции.

Действие условие о неустойки получает только при нарушении обязательства, до этого оказывая лишь превентивное воздействие на стороны, своим существованием создавая необходимый режим охраны прав лица от нарушений со стороны контрагента под страхом возможного взыскания денежной суммы за нарушение договорного обязательства.

Когда нарушение состоялось, вопрос о необходимости и целесообразности привлечения к гражданско-правовой ответственности в форме неустойки остается на усмотрение потерпевшего, который свое право потребовать уплаты неустойки может реализовывать по собственному усмотрению. С позиций инструментального подхода решение вопроса о целесообразности взыскания договорной неустойки должен решаться в зависимости от: а) ценности правовой связи для контрагента; б) характера правоотношения (долгосрочная связь, разовая сделка); в) характера и систематичности нарушения; г) размера потерь лица; д) усилий, которые прилагает нарушитель для минимизации последствий своего нарушения.

Для гражданско-правовой ответственности вообще, и для ответственности в форме неустойки, в частности, принцип неотвратимости не характерен. Правовой целью вступления лица в правовую связь является получение определенного блага (товара, работы, услуги), и именно на это должна быть направлена деятельность договорных контрагентов. Взыскание неустойки вместо исполнения не приближает кредитора к достижению его правовой цели, а, напротив, отдаляет от нее, особенно в случаях, когда действует норма о том, что уплата неустойки освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. В таком случае кредитор остается без ожидаемого исполнения, его правовая цель оказывается не достигнутой. В этой связи очень часто более целесообразным является предоставление рассрочки исполнения обязательства, изменения способа или порядка исполнения обязательства, иное новирование обязательства, а вовсе не взыскание неустойки. При осуществлении правовой помощи клиенту об этом обстоятельстве следует помнить – задача состоит в улучшении проблемной ситуации клиента, а не во взыскании неустойки во что бы то ни стало.

Имеет смысл настаивать на взыскании неустойки, если исходя из данных, полученных в ходе опроса клиента, оценки объективных данных, удастся установить, что правовая связь фактически уже распалась, кредитор потерял интерес к исполнению в натуре (например, удовлетворил свою потребность иным образом), потери кредитора от нарушения обязательства велики, однако доказательства их размера собрать затруднительно.

Более характерно взыскание договорной неустойки по разовым, чем по долгосрочным договорам.

Предъявление требования о взыскании неустойки обычно свидетельствует о том, что сотрудничество между контрагентами уменьшилось до критического размера, и такая правовая связь находится под угрозой разрушения. При существовании потребности в сохранении правовой связи, следует прилагать усилия по сглаживанию конфликта, исполнению нарушенного обязательства, в противном случае сторонам придется нести потери, связанные с разрушением правовой связи.

Подводя итоги, заметим, что с позиции инструментального подхода выработка и применение договорного условия о неустойке вариативно, зависит от конкретной проблемной ситуации клиента. Универсальные рекомендации по этому условию не должны даваться и вырабатываться, нецелесообразно также разрабатывать стандарты в отношении условия о неустойке в регламентах договорной работы. Условие о неустойке относится к числу вырабатываемых несущественных условий договора. Применяются условия о неустойке в ситуации открытого конфликта, и, как правило, их применение приводит к разрушению правовой связи.

Т.В. Шершень

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НОВЫЕ ПОДХОДЫ К СИСТЕМАТИЗАЦИИ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

1 сентября 2014 года вступил в силу Федеральный закон от 5 мая 2014 года №99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации», которым реформированы положения, касающиеся правового статуса и порядка деятельности юридических лиц, заложены новые подходы к классификации юридических лиц.

В Гражданском кодексе РФ закреплены общие нормы, касающиеся коммерческих и некоммерческих корпораций, сохранено традиционное разграничение юридических лиц на коммерческие и некоммерческие в зависимости от основной цели их деятельности. Реализован новый концептуальный подход, дифференцирующий юридических лиц на корпорации и унитарные организации. Появление дифференциации на корпорации и унитарные организации явилось прямым следствием включения отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, т.е. корпоративных отношений в предмет гражданского права. Восстановление в отечественном гражданском праве такого деления юридических лиц, традиционного для большинства правовых систем, было одним из ключевых положений Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации и Концепции развития законодательства о юридических лицах.

Первый признак корпорации вытекает из существа корпоративных отношений как отношений участия (членства), прямо закрепленного в абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ. В этих отношениях общий принцип отделения имущества юридического лица от имущества его учредителей (делающее возможным вы-

ступление юридического лица в качестве самостоятельного участника гражданских правоотношений) приобретает необходимое своеобразие: хотя имущество, переданное корпорации ее участниками (учредителями), перестает быть объектом их права собственности (даже долевой), они, однако, остаются ее членами, имеющими возможность участвовать в формировании воли созданного ими юридического лица, в том числе по поводу использования уже не принадлежащего им имущества корпорации.

Второй признак корпорации вызывает сомнения в обоснованности, так как учредители (участники) корпорации формируют не только ее высший орган, но и иные ее органы, и в то же время учредители унитарных организаций тоже формируют высшие органы этих юридических лиц.

Некоммерческими являются организации, не имеющие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и не распределяющие полученную прибыль между участниками. Исключение составляют потребительские кооперативы, которые хотя и отнесены ГК РФ к категории некоммерческих организаций, но вправе распределять полученную прибыль между своими членами.

Некоммерческие организации создаются в организационно-правовых формах:

1) потребительских кооперативов (жилищные, жилищно-строительные и гаражные кооперативы, садоводческие, огороднические и дачные потребительские кооперативы, общества взаимного страхования, кредитные кооперативы, фонды проката, сельскохозяйственные потребительские кооперативы);

2) общественных организаций, к которым относятся политические партии и созданные в качестве юридических лиц профессиональные союзы (профсоюзные организации), общественные движения, органы общественной самодеятельности, территориальные общественные самоуправления;

3) ассоциаций (союзов), к которым отнесены некоммерческие партнерства, саморегулируемые организации, объединения работодателей, объединения профессиональных союзов, кооперативов и общественных организаций, торгово-промышленные, нотариальные и адвокатские палаты;

4) товариществ собственников недвижимости, в том числе товарищества собственников жилья;

5) казачьих обществ, внесенных в государственный реестр казачьих обществ в Российской Федерации;

6) общин коренных малочисленных народов Российской Федерации;

7) фондов, в том числе общественных и благотворительных;

8) учреждений, к которым относятся государственные учреждения (в том числе государственные академии наук), муниципальные учреждения и частные (в том числе общественные) учреждения;

9) автономных некоммерческих организаций;

10) религиозных организаций;

11) публично-правовых компаний.

Тем самым предпринята попытка создания замкнутой системы организационно-правовых форм некоммерческих юридических лиц. Юридическое лицо должно быть зарегистрировано в ЕГРЮЛ в одной из организационно-правовых форм, предусмотренных ГК РФ в новой редакции, причем для некоммерческих юридических лиц, организационно-правовые формы которых также определены в Кодексе, не делается исключений. Тем самым по отношению и к некоммерческим юридическим лицам введен принцип *numerus clausus* – закрытого перечня. Закреплена новая форма - товарищество собственников недвижимости (им признается добровольное объединение собственников недвижимых вещей (помещений в здании, в том числе многоквартирном доме, или в нескольких зданиях, жилых домов, дачных домов, садоводческих, огороднических или дачных земельных участков и т.п.), созданное для совместного владения, пользования и в установленных законодательством пределах распоряжения имуществом (вещами), которое в силу закона находится в их общей собственности и (или) в общем пользовании, а также для достижения иных целей, предусмотренных законами. Некоммерческие организации могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям.

В новой редакции ГК РФ сделан отказ от дифференциации акционерных обществ на закрытые и открытые, вместо этого предусмотрено разделение хозяйственных обществ на публичные и непубличные. При этом публичным является акционерное общество, акции которого (ценные бумаги которого, конвертируемые в его акции) публично размещаются или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах, а также в тех случаях, когда общество само на себя одело лейбл публичности, указав в наименовании «Публичное общество». Общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества, не отвечающие вышеназванному признаку публичности, при-

знаются непубличными. Законодатель предъявляет к публичным обществам больше требований, устанавливая более жесткое правовое регулирование, чем в отношении к непубличным обществам.

Реализован отказ от обществ с дополнительной ответственностью как организационно-правовой формы, практически невостребованной в гражданском обороте. Перерегистрацию таких обществ осуществлять не потребуется, а положения Федерального закона «Об акционерных обществах» о закрытых акционерных обществах будут применяться к таким обществам впредь до первого изменения их уставов.

Со дня вступления в силу Закона №99-ФЗ юридические лица создаются исключительно в организационно-правовых формах, которые предусмотрены новой редакцией ГК РФ. До внесения первых изменений в устав к ЗАО применяются нормы ГК РФ в части регулирования акционерных обществ и закон «Об акционерных обществах», при этом законодатель не возлагает на участников оборота каких-либо дополнительных обязанностей и обременений.

IV. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО, ГРАЖДАНСКИЙ И АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

В.А. Гавриленко

Новгородский государственный университет им. Ярослава Мудрого, г. Нижний Новгород

ПРОЦЕДУРА ФОРМИРОВАНИЯ СОСТАВА ТРЕТЕЙСКОГО СУДА, В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОМ РЕСПУБЛИКИ ТАДЖИКИСТАН «О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ»

Основным правовым актом, регулирующим третейское разбирательство споров в Таджикистане, является Закон Республики Таджикистан «О Третейских судах» (далее Закон), который вступил в силу 1 апреля 2008 г. В процессе разработки данного Закона активно использовались опыт и наработки российской законотворческой практики. Правовое регулирование Законом многих вопросов третейского разбирательства споров, осуществляется аналогично с российской правоприменительной практикой.

Рассмотрим процедуру формирования состава третейского суда, согласно указанного Закона.

Законодатель устанавливает требования, предъявляемые к третейскому судье, которым должно быть лицо, способное обеспечить беспристрастное разрешение спора, не заинтересованное в исходе дела, независимое от сторон, давшее согласие исполнять обязанности третейского судьи в порядке, согласованном сторонами. Требование наличия высшего юридического образования предусматривается только для третейского судьи, разрешающего спор единолично и для председателя состава третейского суда, в случае коллегиального решения спора (ст. 7).

Кроме того, указывается, что стороны третейского разбирательства вправе предусматривать дополнительные требования к кандидатуре третейского судьи, которые содержатся в третейском соглашении. Также дополнительные требования к квалификации третейских судей могут содержаться в правилах и регламентах постоянно действующих третейских судов.

Необходимо учитывать, что дополнительные требования могут касаться исключительно профессиональной квалификации претендента. Например, может учитываться стаж работы по специальности, наличие ученых званий, повышение квалификации по профессии, специальное отраслевое образование и т.д. Требования не могут предъявляться к национальной принадлежности арбитра, его вероисповеданию, полу, политическим убеждениям и т.д.

Закон также определяет круг лиц, кто не может быть третейским судьей. Это лица, не обладающие полной дееспособностью, либо состоящие под опекой и попечительством, либо имеющие непогашенную судимость. Также имеется законодательно закрепленный запрет быть третейским арбитром, в отношении лиц, имеющих должностной статус, как то судья, сотрудник прокуратуры и т.д.

Число третейских судей при разбирательстве спора должно быть нечетным. В основном разбирательство дела ведется тремя третейскими судьями. Иное количество арбитров может быть предусмотрено соглашением сторон или правилами постоянно действующего третейского суда.

Порядок формирования третейского суда регулируется следующим образом (ст.9). Состав третейского суда формируется в порядке избрания либо назначения. Постоянно действующие третейские суды регулируют вопросы формирования состава суда в своих регламентах. В разовом третейском суде формирование состава происходит в порядке, определенном сторонами в третейском соглашении. Но если стороны не договорились об ином, процедура формирования состава разового третейского суда четко прописана в ч. 4 ст. 9 Закона. Каждая сторона избирает одного третейского судью, а двое избранных судей избирают третьего судью. В случае, если одна из сторон не изберет третейского судью в течение 15 дней после получения ходатайства об избрании третейского судьи от другой стороны, или двое избранных третейских судей в течение 15 дней не изберут третьего третейского судью, спор в третейском суде не подлежит рассмотрению. Такие же правовые последствия наступают и в случае, если спор подлежит разрешению единоличным третейским судьей, когда после обращения одной стороны к другой с предложением об избрании третейского судьи, стороны в течение 15 дней его не избрали.

Вопросы отвода третейского судьи имеют существенное значение. Обстоятельства, которые вызывают определенные сомнения в беспристрастности третейского судьи, препятствуют справедливому разбирательству дела. При наличии такого основания физическое лицо, к которому обращаются с просьбой быть третейским судьей, должно сообщать о наличии обстоятельств, являющихся основа-

нием для его отвода. Если такие обстоятельства стали известными во время третейского разбирательства, третейский судья должен немедленно сообщить об этом сторонам и заявить самоотвод.

В ст. 10 Закона указывается исчерпывающий перечень оснований для отвода, каковыми являются: прямая или косвенная заинтересованность третейского судьи в исходе дела; если судья является родственником одной из сторон или находится с ней в особых отношениях; спор прямо или косвенно связан с выполнением им служебных полномочий; третейский судья по истечении одного месяца после своего избрания или назначения не выполняет свои обязанности, связанные с рассмотрением дела; выявлено несоответствие третейского судьи требованиям, предъявляемым Законом; судья принимал участие раньше в рассматриваемом деле и др. Перечисленные обстоятельства служат основанием не только для отвода третейского судьи, но и препятствием для избрания его третейским судьей и самоотвода последнего.

Рассмотрим порядок отвода третейского судьи. Сторона может заявить отвод избранному третейскому судье, если обстоятельства, являющиеся основаниями для отвода, стали известны после его избрания третейским судьей. Закон предусматривает согласование сторонами процедуры отвода третейского судьи. Если она не согласована сторонами или не предусмотрена правилами постоянно действующего третейского суда, то заявление об отводе третейского судьи подается стороной в течение 5 дней после формирования состава третейского суда. Если судья, которому заявлен отвод, не берет самоотвод, или другая сторона не согласна с отводом третейского судьи, то вопрос об отводе решается другими третейскими судьями в десятидневный срок с момента получения письменного заявления стороны. В случае единоличного рассмотрения спора третейским судьей, он сам разрешает вопрос об отводе.

Закон определяет порядок прекращения полномочий третейского судьи. Стандартным основанием прекращения полномочий является завершение разбирательства спора и принятие решения. Закон устанавливает срок прекращения полномочий в течение 15 дней с момента принятия решения.

В случае обжалования третейского решения или обращения сторон с заявлением о вынесении дополнительного решения, разъяснению решения и исправлению опечаток и арифметических ошибок в третейском решении полномочия третейских судей прекращаются после совершения указанных процессуальных действий.

Законом также установлен перечень оснований, по которым могут быть прекращены полномочия третейского судьи, такие как соответствующее соглашение сторон, самоотвод, отвод (основания для отвода указаны в ст. 10 Закона), смерти судьи.

Законодатель указывает и другие основания прекращения полномочий третейского судьи, такие как юридическая или фактическая неспособность третейского судьи участвовать в рассмотрении спора, иные причины, по которым третейский судья не участвует в рассмотрении спора в течение неоправданно длительного срока. Юридической неспособностью следует считать наличие оснований, предусмотренных ст. 7, 10 настоящего закона. Фактическая неспособность прежде всего связана с состоянием здоровья и местопребыванием третейского судьи.

Е.В. Гаврилов

Законодательное Собрание Красноярского края, г. Красноярск

КОНЕЦ КОМПЕНСАЦИИ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦАМ В РОССИИ?

В соответствии с новой редакцией ст. 151 ГК РФ (вступила в силу с 1 октября 2013 г.), если *гражданину* причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие *гражданину* нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда. При определении размеров компенсации морального вреда суд принимает во внимание степень вины нарушителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Суд должен также учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями *гражданина*, которому причинен вред. Согласно п. 11 ст. 152 ГК РФ правила этой статьи о защите деловой репутации гражданина, за исключением положений о компенсации морального вреда, соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица.

Таким образом, отечественный законодатель связывает компенсацию морального вреда исключительно с гражданами; положения ст. 152 ГК РФ о компенсации морального вреда неприменимы к случаям умаления деловой репутации юридических лиц.

Означает ли новая редакция статей 151, 152 ГК РФ, что юридические лица *вообще* не имеют права на компенсацию морального вреда? Данный вопрос актуален в связи с противоречивой практикой арбитражных судов, складывающейся после 1 октября 2013 г.

С 1 октября 2013 г. некоторые суды общей юрисдикции и арбитражные суды обосновывают невозможность компенсации морального вреда юридическому лицу следующим: «*по смыслу ст. 151 ГК РФ моральный вред (физические или нравственные страдания) может быть причинен только физическому лицу*»¹, «*право на компенсацию морального вреда предоставлено только физическому лицу, поскольку юридическое лицо не может испытывать физических или нравственных страданий*»², «*законодатель прямо указал на невозможность использования юридическим лицом при посягательстве на его деловую репутацию такого способа защиты, как компенсация морального вреда*»³, «*действующим законодательством не установлен порядок для возмещения морального вреда, применительно к юридическим лицам*»⁴. В свою очередь, после 1 октября 2013 г. имеется случай (дело №А40-131505/2012) взыскания 70 тыс. руб. именно морального вреда в пользу юридического лица, но по другой категории споров (нарушение права на исполнение судебного акта в разумный срок): «*Европейский суд, таким образом, не может исключать возможность присуждения компенсации за моральный вред коммерческой организации <...> Между тем суд, делая вывод о неподтвержденности материалами дела причинения истцу морального вреда неправомерными действиями (бездействием) должностных лиц ФССП, не учел, что практика Европейского суда по правам человека при определении вопроса о компенсации юридическому лицу нарушенного нематериального блага исходит не из факта физических и нравственных страданий юридического лица, а из факта длительной неопределенности*»⁵. Определением ВАС РФ от 28.04.2014 №ВАС-4511/14 отказано в передаче указанного дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора постановления ФАС Московского округа от 27.01.2014 №Ф05-2161/2013 по делу №А40-131505/2012.

По нашему мнению, при ответе на поставленный в заглавии настоящей статьи вопрос, следует исходить из следующего.

1. В ГК РФ не раскрыто содержание понятия **моральный вред юридических лиц** и не предусмотрена компенсация такого вреда в отношении организаций. Однако это говорит лишь о пробеле в законодательстве, требующем устранения. Указанный тезис одной из первых аргументировала Л.О. Красавчикова⁶.

2. Согласно ст. 151 ГК РФ суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации морального вреда «в других случаях, предусмотренных законом». Такими «другими случаями» вполне могут быть обстоятельства, связанные с деятельностью не только граждан, но и юридических лиц (см., например: ст. 53 Конституции РФ, ст. 1069 ГК РФ, ст. 7 Закона РФ от 27.04.1993 №4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (с учетом Определения КС РФ от 22.04.2004 №213-О), ст. 16 Федерального закона от 02.05.2006 №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» (с учетом Постановления КС РФ от 18.07.2012 №19-П).

3. Опыт Франции показывает, что юридическое лицо имеет право на компенсацию *именно* морального вреда (*dommage moral, prejudice moral*) (см., например, постановление Кассационного Суда Франции от 15.05.2012 №11-10278); более того, во Франции «мораль» заложена в самой категории юридического лица (*personne morale*).

4. Отсутствие упоминания в ст. 151 ГК РФ о юридических лицах, запрет применять положения о компенсации морального вреда при умалении деловой репутации юридических лиц не исключают их право на компенсацию нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину) (Определение КС РФ от 04.12.2003 №508-О). Компенсация нематериального (репутационного) вреда юридическим лицам не запрещена действующим законодательством и активно применяется в практике арбитражных судов, в том числе после вступления в силу новой редакции ст. 152 ГК РФ.

Именно в контексте развития идей о компенсации нематериального вреда юридическим лицам необходимо рассуждать о применимости к ним категории «моральный вред».

Мы разделяем классическое (традиционное) и неклассическое (нетрадиционное) понимание морального вреда и его компенсации. В первом случае моральный вред – физические и (или) нравственные страдания, испытывать которые может лишь человек, поэтому только физическое лицо имеет право на компенсацию морального вреда. Отечественный законодатель, как мы видим, пошел

именно по этому пути. Во втором случае, который представляется более демократичным и справедливым, моральный вред не ограничивается физическими и нравственными страданиями, а включает в себя иные неблагоприятные последствия нематериального характера, не поддающиеся точному денежному исчислению и являющиеся отрицательными и существенными для потерпевшего. Согласно этому подходу моральный вред возможен и в отношении организаций, поэтому юридические лица наряду с гражданами вправе требовать компенсацию морального вреда. В постановлении ФАС Московского округа от 27.01.2014 г. по делу №А40-131505/12-46-244 использован именно этот подход. Однако в данном случае предпочтительнее говорить о нематериальном вреде и его компенсации, а в случаях умаления деловой репутации (ст. 152 ГК РФ) – о компенсации нематериального (репутационного) вреда.

¹ Апелляционное определение Самарского областного суда от 17 апр. 2014 г. по делу №33-3845/2014 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Постановление ФАС Уральского округа от 29 мая 2014 г. №Ф09-19/14 по делу №А07-7181/2013 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.03.2014 №15АП-4/2014 по делу №А01-1555/2013 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.04.2014 №15АП-5146/2014 по делу №А53-23963/2013 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление ФАС Московского округа от 27.01.2014 по делу №А40-131505/12-46-244 // Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Красавчикова Л.О. Компенсация морального вреда субъектам экономической деятельности в случаях причинения вреда их деловой репутации // Академический юридический журнал. 2001. №2. С. 41–45.

В.Г. Голубцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ОПТИМАЛЬНЫХ МЕЖДИСЦИПЛИНАРНЫХ СВЯЗЕЙ КАК ОДНА ИЗ ЦЕНТРАЛЬНЫХ ЗАДАЧ РЕФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И ЦИВИЛИСТИЧЕСКОГО ПРОЦЕССА

Важнейшим направлением совершенствования и развития российского законодательства в последние годы, является, вне всякого сомнения, реформа гражданского права. Впервые в истории новейшей России реформирование этого кодифицированного акта, который, как отмечают корифеи, является «экономической конституцией государства», осуществлялось планомерно и с привлечением широкой научной общественности.

Начало этому процессу положил Президент Российской Федерации, подписав 18 июля 2008 г. указ №1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации», которым была предусмотрена разработка концепции развития гражданского законодательства и внесение изменений в Гражданский кодекс с учетом опыта его применения. Разработка концепции и мер по ее реализации были возложены на Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства и Исследовательский центр частного права при Президенте РФ.

В рамках реализации положений указа в ходе широкой научно-практической дискуссии упомянутым Советом при Президенте Российской Федерации была разработана Концепция развития гражданского, которая была в целом одобрена Советом по кодификации на заседании 7 октября 2009 года под председательством Президента Российской Федерации.

Подготовка на основе выработанной концепции проекта закона о внесении изменений в Гражданский кодекс велась в семи рабочих группах, которыми руководили ведущие российские ученые цивилисты: по общим положениям ГК - В.Ф.Яковлев, советник Президента Российской Федерации, председатель Совета по кодификации; по законодательству о юридических лицах - Е.А.Суханов, заведующий кафедрой гражданского права МГУ, заместитель председателя Совета по кодификации; по законодательству о вещных правах – А.А.Иванов, председатель Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, член Совета по кодификации; по законодательству об обязательствах (общие положения) – В.В.Витрянский, заместитель председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, член Совета по кодификации; о законодательстве о ценных бумагах и финансовых рынках – С.В.Сарбаш, судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, член Совета по кодификации; по законодательству о международном частном праве – И.С.Зыкин, руководитель Центра

правовых проблем международных экономических отношений Института государства и права РАН; по законодательству об интеллектуальных правах - Е.А.Павлова, начальник отдела Исследовательского центра частного права при Президенте Российской Федерации, член Совета по кодификации.

В конце 2010 года соответствующий проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации был готов, вынесен на обсуждение широкой юридической общественности и внесен в Государственную Думу.

Принять изменения в виде единого законопроекта, в силу объективных причин не удалось. Как отмечалось в прессе, после принятия законопроекта в первом чтении было принято нестандартное решение: профильному комитету Государственной Думы было дано право вносить ко второму чтению законопроект по частям.

Процесс принятия Кодекса активно идет до настоящего времени. Часть законов принята, часть еще предстоит принять, и тогда реализацию идей, заложенных в Концепции развития гражданского законодательства, можно будет считать завершенной: будут устранены имеющиеся недостатки, реализованы подходы, выработанные судебной практикой, получат законодательное закрепление серьезные новеллы и нововведения.

Как справедливо отмечают представители широкой юридической общественности, несмотря на сложности и продолжительность по времени осуществляемая реформа – это значительный шаг вперед в регулировании имущественного оборота. Необходимо также помнить о том, что после завершения законодательного оформления реформы Гражданского кодекса предстоит еще долгая и скрупулезная работа по приведению в соответствие с ним всего гражданского законодательства.

Параллельно с процессом реформирования гражданского законодательства подверглось серьезному реформированию судостроительство в Российской Федерации. *В конституцию были внесены изменения, предусматривающие создание единого высшего суда, а позднее Президент РФ подписал пакет законов, направленных на реализацию принятой поправки к Конституции РФ.*

Создание объединенного Верховного Суда находилось в самом центре внимания юридического сообщества и было осуществлено достаточно оперативно. Летом 2014 года объединенный суд начал работу. Основной целью реформы судостроительства было заявлено формирование единообразной судебной практики, что должно означать предоставление одинаковой эффективной защиты прав граждан и юридических лиц. Именно формирование единообразной судебной практики и обозначается сейчас в качестве приоритетного направления в работе объединенного суда, что должно обеспечить формирование единого правового пространства страны и как следствие оказать серьезное влияние на инвестиционный и деловой климат.

Столь серьезная реформа судостроительства повлекла, и это было очевидно еще на стадии ее объявления, и кардинальную реформу процессуального законодательства. Создание единого Верховного Суда РФ явилось поводом к незамедлительному реформированию гражданского судопроизводства, поскольку упомянутое кардинальное изменение судостроительства не может не приводить к самым масштабным изменениям в процессуальном законодательстве.

Основное направление таких изменений было обозначено как создание нового единого Кодекса гражданского судопроизводства, который должен объединить в себе нормы гражданского процессуального права, арбитражного процессуального права и административного процессуального права. Уже сейчас очевидно, что это будет достаточно большой по объему документ, где будут установлены общие процессуальные правила и особенности рассмотрения всех категорий дел.

Законодателям и ученым предстоит огромная работа, сравнимая с работой над реформированием Гражданского кодекса. Принято решение по сути готовить новый процесс, который бы предусматривал процедуры для всех разновидностей споров, рассматриваемых судами.

За основу решено принять опыт работы по реформированию Гражданского Кодекса: создать Концепцию, на основе которой будет осуществляться подготовка проекта закона Рабочая группа для работы над Концепцией, которая должна быть написана в достаточно сжатые сроки, в начале июня 2014 года была создана в Государственной Думе из представителей Верховного Суда РФ, видных представителей юридической науки и депутатов.

Таким образом, в настоящий момент в России по сути происходит одновременное реформирование и материального и процессуального раздела частного права, что дает законодателям, а также ученым и практикам, задействованным в разработке концепций и проектов законов учесть все имеющиеся проблемы и недостатки законодательства и сформировать основу целостной системы законодательства, регулирующей частнопроводные отношения.

При этом необходимо учитывать сформулированный в современной науке тезис о необходимости учета межотраслевых связей и комплексного подхода в регулировании правовых, в частности,

гражданско-правовых отношений. Как представляется только на основе скрупулезного анализа межотраслевых связей, в частности гражданского права и гражданско-процессуального права можно решить задачу создания адекватного современным условиям правового регулирования в частноправовой сфере, в частности устранить существующие нормативные коллизии межотраслевого характера и предложить правоприменителю эффективные правовые механизмы решения практических задач.

И в этой связи хотелось бы особо отметить, что преемственность в подходах и участие в разработке обеих концепций одних и тех же специалистов и уникальная временная ситуация позволят не просто последовательно создать два современных и эффективных кодекса, отдельно – в сфере материального права, отдельно – в сфере процессуального, но и предложить участникам гражданского оборота современную законченную систему правового регулирования частноправовых отношений (их материального и процессуального аспекта).

Это возможно только на основе учета при разработке проектов законов имеющихся междисциплинарных связей. Учет этого обстоятельства на стадии разработки и принятия как материального, так и процессуального кодекса, регулирующего частноправовые отношения, позволит создать изначально сбалансированную и эффективную систему правового регулирования частноправовых отношений в современной России.

Я.С. Гришина

Калмыцкий филиал Московской академии экономики и права, г. Саратов

КОНЦЕПЦИЯ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ЧАСТНЫХ И ПУБЛИЧНЫХ ПРАВОВЫХ СРЕДСТВ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПОТРЕБНОСТЕЙ: НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ

В качестве научно-теоретических и методологических основ концепции взаимодействия частных и публичных правовых средств обеспечения имущественных потребностей в условиях моделирования юридической конструкции социального предпринимательства можно рассматривать, на наш взгляд, следующие тезисы, аргументацией которых послужило авторское монографическое исследование¹.

1. Предпринимательское право как комплексная отрасль законодательства является основным системообразующим элементом социального (гуманитарного) права, находящегося в области конвергенции частного и публичного права. Базовым институтом предпринимательского права, способным обеспечить социально-имущественные потребности российских граждан и общества, следует признать правовой институт социального предпринимательства².

2. Правовая конструкция рыночных общественных отношений по удовлетворению социально-имущественных потребностей представляет собой юридическую конструкцию, системным образом организующую частноправовые и публично-правовые средства в рамках механизма правового регулирования социального предпринимательства, обеспечивая системность действия позитивного права и в конечном счете – эффективность правового регулирования, которая достигается применением комплексного дозвоительно-разрешительного правового режима.

3. В результате исследования эволюции идеи социального предпринимательства и основных подходов к его определению за рубежом и в России можно прийти к выводу, что под социальным предпринимательством следует понимать предпринимательскую деятельность, сочетающую экономический и социальный эффект, достигающийся применением инновационных методов и направленную на решение или смягчение различных социальных проблем общества, связанных с обеспечением социально-имущественных потребностей российских граждан. Критерием разграничения социального предпринимательства и традиционной предпринимательской деятельности и некоммерческого хозяйствования является не критерий прибыльности, а нацеленность на удовлетворение социально-имущественных потребностей с помощью социально-инновационных предпринимательских средств. Данное обстоятельство позволяет социальное предпринимательство рассматривать в России в качестве перспективной идеологии формирования концепции инновационно-правового обеспечения социально-имущественных потребностей.

4. Главной сущностной характеристикой общественных отношений по удовлетворению социально-имущественных потребностей следует считать их социальную направленность на решение проблем в сферах здравоохранения, образования, занятости, социальной защиты, т.е. на обеспечение

достойного уровня жизни и социально-правовой защищенности субъектов социальных и гражданских прав российских граждан, в первую очередь лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации.

5. Центральным системообразующим фактором системы инновационно-правового обеспечения социально-имущественных потребностей является категория «социально-имущественные потребности», являющаяся родовой по отношению к категориям «социально необходимые товары» и «социально необходимые объекты».

6. Под социально-имущественными потребностями в социально-имущественных благах, объединенных в понятие «социально необходимые товары», в отличие от общественных благ, не включенных в рыночный товарооборот (национальная оборона, деятельность судебной, законодательной, исполнительной власти), понимаются объекты рыночного товарообмена (такие, например, как лекарственные средства, предметы детской гигиены, продукты питания первой необходимости, социально значимые бытовые услуги, работы по протезированию и т.д.), удовлетворяющие имущественные потребности граждан и их объединений в социальной сфере, обеспечение которых осуществляется оптимальным сочетанием частноправовых и публично-правовых средств, интеграция социального и экономического воздействия которых приводит к решению или сглаживанию острых социальных проблем в обществе.

7. Правовой режим оборота товара, обладающего статусом «социально необходимого», приобретает существенные особенности, которые заключаются в том, что законодатель предъявляет особые требования к безопасности и качеству товаров, к лицензированию предприятий, осуществляющих данный вид деятельности. В случае необходимости правительство имеет право регулировать цены на эту группу товаров, в частности, ограничивать торговые надбавки, устанавливать нормативы рентабельности, требовать декларирования изменения цен и т. д., что обусловливается необходимостью воздействия публично-правовых средств для обеспечения достойного существования личности, т.е. обеспечения первостепенных жизненно необходимых потребностей. В некоторых случаях, строго определенных законом, данные виды товаров (например, лекарственные средства) приобретают статус ограниченных в обороте и удовлетворение социально-имущественных потребностей в них обеспечивается специальным правовым режимом.

8. К социально необходимым объектам, позволяющим обеспечить социально необходимые потребности общества, относится часть объектов народного достояния, составляющая имущественные комплексы социального назначения, дающие возможность мобилизовать внутренний потенциал личности, способствующий выходу из трудной жизненной ситуации, такие как социальные учреждения для детей, оставшихся без попечения родителей; пожилых граждан и инвалидов и т.п. Так же, как и относительно правового режима оборота товара со статусом «социально необходимого», правовой режим социально необходимых объектов обладает существенными особенностями по отношению как к частным оборотоспособным объектам недвижимости, участвующим без ограничений в гражданском обороте, так и к объектам исключительной государственной собственности (публичным вещам), находящимся вне оборота или участвующим в гражданском обороте в ограниченных законом пределах.

Вместе с тем объекты исключительной государственной собственности (социального назначения) – «социально необходимые объекты» – являются особой разновидностью публичной собственности, т.к. их правовой режим соответствует гражданско-правовым критериям, и в связи с этим право собственности на данные объекты может рассматриваться как вещно-правовое средство обеспечения социально-имущественных потребностей общества. По сравнению с другими публичными вещами, входящими в состав исключительной государственной собственности, объекты социального назначения обладают более высокой степенью оборотоспособности, соответствующей режиму объектов права собственности юридических лиц. Однако их правовой режим оборотоспособности также может быть ограничен (на указанные объекты не должны распространяться правила приобретательной давности, другой особенностью является необходимость легализации сдачи в аренду на конкурсной основе; требования о возврате публичной собственности и т.д.).

¹ См.: Гришина Я.С. Механизм взаимодействия частных и публичных правовых средств обеспечения социально-имущественных потребностей в условиях моделирования юридической конструкции социального предпринимательства. Саратов: Слово, 2014. 476 с.

² См.: Социальное предпринимательство (Википедия) // URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BE%D1%86%D0%B8%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%BE%D0%B5%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D0%BC%D0%B0%D1%82%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE> (дата обращения 30.08.2014).

**СУЩЕСТВЕННЫЕ УСЛОВИЯ СОГЛАШЕНИЯ ОБ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ
ТЕХНИКО-ВНЕДРЕНЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Соглашение об осуществлении технико-внедренческой деятельности¹ (далее – ТВД) дополнило перечень гражданско-правовых договоров сравнительно недавно: в 2005 г. в связи с принятием Федерального закона «Об особых экономических зонах Российской Федерации»² (далее – Закон об ОЭЗ).

Данный закон призван регулировать общественные отношения, связанные с созданием и функционированием ОЭЗ – территорий, в границах которых хозяйствующие субъекты осуществляют предпринимательскую деятельность в условиях льготного режима. Как не раз отмечалось, ОЭЗ представляет собой достаточно перспективное направление сотрудничества в целях привлечения инвестиций и дальнейшего укрепления экономического и научного потенциала Российской Федерации³.

Эффективность данного правового института во многом зависит от совершенства договорных механизмов, позволяющих хозяйствующим субъектам осуществлять деятельность в границах ОЭЗ. К сожалению, правовое регулирование соглашения об осуществлении ТВД не безупречно: существует ряд проблем теоретического и практического характера, одной из которых является проблема определения его существенных условий.

Дело в том, что ст. 12 Закона об ОЭЗ «Предмет и условия соглашения об осуществлении деятельности» не позволяет однозначно их определить.

Существенным условием любого договора является его предмет. В соответствии с п. 1 Типовой формы соглашения об осуществлении ТВД⁴ его предмет составляют: 1) вид осуществляемой резидентом ТВД; 2) создание резидентом объекта капитального строительства; 3) создание управляющей компанией объекта инфраструктуры, необходимого для осуществления ТВД.

Одной из составляющих предмета соглашения об осуществлении ТВД законодатель называет вид ТВД. Однако Закон об ОЭЗ не раскрывает содержания термина вид технико-внедренческой деятельности, что порождает вопрос о том, что именно должно согласовываться в качестве указанной составляющей предмета исследуемого соглашения. Из смысла ч. 2 ст. 10 Закона об ОЭЗ вытекает, что ТВД представляет собой совокупность этапов по созданию, производству, реализации прав на полученные результаты, внедрению и обслуживанию ее результатов, оказанию услуг инновационной инфраструктурой⁵ – т.е. действий резидента. Следовательно, составляющей предмета соглашения об осуществлении ТВД являются действия по осуществлению ТВД, в том числе создание и внедрение результатов ТВД.

В состав предмета соглашения об осуществлении ТВД входят и сами результаты ТВД, т.к. государство вправе также требовать от него создания и внедрения таких результатов ТВД, в которых оно заинтересовано. Указанное требует согласования в качестве составляющей предмета соглашения об осуществлении ТВД самих результатов ТВД (их характеристики).

Согласование параметров, характеристики планируемого результата интеллектуальной деятельности в качестве составляющей предмета соглашения об осуществлении ТВД будет способствовать достижению целей создания ОЭЗ, на что, в частности, указывает тот факт, что производство научно-технической продукции в ОЭЗ должно соответствовать приоритетным направлениям развития науки, технологий и техники, перечню критических технологий Российской Федерации и осуществляться на основании решения Экспертного совета ОЭЗ.

Следующей составляющей предмета соглашения об осуществлении ТВД его Типовая форма называет «создание резидентом объекта капитального строительства». Заметим, что указанное положение о вышеизложенной составляющей предмета исследуемого соглашения не нашло отражения в ч. 1 ст. 12 Закона об ОЭЗ, содержащей условия анализируемого соглашения. Более того, недостаточно проработано оно и в Типовой форме соглашения об осуществлении ТВД, поскольку в п. 1 формы, посвященном предмету исследуемого соглашения, сторонам необходимо лишь обозначить, что резидент должен создать объект капитального строительства. При этом на стороны не возлагаются обязательства по согласованию характеристики возводимого объекта, что, на наш взгляд, не представляется верным по следующим причинам.

Отметим, что заключение гражданско-правовых договоров, опосредующих передачу недвижимости, предполагает согласование в качестве их предмета данных, позволяющих определенно установить передаваемое недвижимое имущество (ст.ст. 554, 607 ГК РФ). За законодателем следует и судебная практика⁶.

Аналогичная ситуация сложилась и в отношении другой составляющей предмет соглашения об осуществлении ТВД – создание управляющей компанией объекта инфраструктуры: описание данного объекта отсутствует в п. 1 Типовой формы, однако раскрывается в п. 2.3.1, посвященном обязанности управляющей компании обеспечить создание объектов инфраструктуры ОЭЗ в определенный срок для обеспечения ТВД резидента, в том числе объектов, непосредственно используемых в процессе электро-, тепло-, газо-, водоснабжения и водоотведения и иных объектов. Вместе с тем, поскольку создание объекта инфраструктуры ОЭЗ составляет предмет соглашения об осуществлении ТВД, наименование и описание этого объекта должны содержаться в п. 1 Типовой формы соглашения об осуществлении ТВД, посвященном его предмету.

Таким образом, предмет соглашения об осуществлении ТВД составляют действия резидента по осуществлению ТВД (в том числе создание и внедрение результатов ТВД как обязательные этапы данной деятельности) и результаты ТВД; объект капитального строительства, создаваемый резидентом; объект инфраструктуры, создаваемый управляющей компанией.

Перечень существенных условий исследуемого соглашения не ограничивается одним лишь его предметом. Исходя из содержания Закона об ОЭЗ и сущности соглашения об осуществлении ТВД, условиями, объективно необходимыми для данного соглашения, помимо его предмета, выступают:

- срок создания резидентом объекта капитального строительства. Несогласование данного условия может привести к затягиванию резидентом процесса строительства указанного объекта, а в результате – к неисполнению договора. Заметим, что судебная практика по спорам, вытекающим из договора строительного подряда, признает условие о начальном и конечном сроках возведения подрядчиком объекта существенным⁷;

- срок создания управляющей компанией объекта инфраструктуры, необходимого резиденту для осуществления ТВД. Подобно необходимости согласования условия о сроке создания резидентом объекта капитального строительства, срок создания объекта инфраструктуры ОЭЗ также должен быть согласован, ибо его несогласование влечет невозможность осуществления резидентом ТВД;

- объем и сроки инвестирования, осуществляемого резидентом. Данное условие вытекает из ч. 1 ст. 12 Закона об ОЭЗ, в которой перечислены основные права и обязанности сторон соглашения об осуществлении предпринимательской деятельности в ОЭЗ, в том числе указывается на обязанность резидента ОЭЗ осуществить инвестиции в объеме и в сроки, которые предусмотрены соглашением об осуществлении деятельности. Поскольку конструкция исследуемого соглашения предполагает осуществление резидентом предпринимательской деятельности за свой счет, целью вложения последним денежных средств является финансирование ТВД и строительства. Несогласование условия об объеме и сроке инвестирования способно повлечь неисполнение или ненадлежащее исполнение соглашения об осуществлении ТВД резидентом.

¹ В соответствии с ч. 1 ст. 12 Закона об ОЭЗ по соглашению об осуществлении ТВД резидент обязуется осуществлять предусмотренную соглашением деятельность, в том числе ТВД и инвестирование, Минэкономразвития РФ обязуется заключить с резидентом договор аренды земельного участка и (или) иного государственного и (или) муниципального имущества, а также осуществлять полномочия, предусмотренные Законом об ОЭЗ, а управляющая компания обязуется осуществлять необходимые действия в порядке и в пределах, которые установлены соглашением об управлении ОЭЗ, в том числе создать объект инфраструктуры ОЭЗ

² *Об особых экономических зонах Рос. Федерации*: федер. закон Рос. Федерации от 22 июля 2005 г. №116-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. №30, ч. 2, ст. 3127.

³ *Трошкина Т.Н.* Новый Федеральный закон «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» и развитие российского внешнеторгового и таможенного законодательства // Вестник Российской правовой академии. 2005. №4. С. 18.

⁴ *Об утверждении* типовой формы соглашения об осуществлении промышленно-производственной, технико-внедренческой, туристско-рекреационной деятельности и деятельности в портовой особой экономической зоне: приказ Минэкономразвития Рос. Федерации от 13 апреля 2012 г. №209 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. №14.

⁵ Под ТВД понимается инновационная деятельность, создание, производство и реализация научно-технической продукции, создание и реализация программ для ЭВМ, баз данных, топологий интегральных микросхем, информационных систем, оказание услуг по внедрению и обслуживанию программ, баз данных, топологий и систем, а также предоставление резидентам технико-внедренческой ОЭЗ услуг инновационной инфраструктурой, необходимой для осуществления их деятельности (ч. 2 ст. 10 Закона об ОЭЗ).

⁶ Поскольку приложение к договору аренды содержит список объектов недвижимости, оборудования и автотранспорта с указанием их стоимости, основания для признания договора не заключенным, ввиду неопределенности объекта аренды отсутствуют (Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа «Договор содержит перечень имущества и исполнен истцом и ответчиком, поэтому не может быть признан незаключенным» от 4 мая 2005 г. №Ф08-1062/2005 // Доступ из справ.-инф. сист. «Гарант»).

⁷ См., напр.: *Пункт 4* Информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда Рос. Федерации «Обзор практики разрешения споров по договору строительного подряда» от 24 янв. 2000 г. №51 // Вестник Высшего арбитражного суда Рос. Федерации. 2000. №3.

Т.М. Жукова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БАНКРОТСТВА ГРАЖДАН, НЕ ЯВЛЯЮЩИХСЯ ИНДИВИДУАЛЬНЫМИ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯМИ, В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИИ

В настоящее время большинство зарубежных законодательств о несостоятельности содержат нормы, регулирующие несостоятельность физического лица – непредпринимателя. Среди них – Австрия, Германия, Канада, США, Швеция и др.

Гражданское законодательство России, введя институт «потребительского» банкротства еще главой IX Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 8 января 1998 г. №6-ФЗ, продублировав нормы в главе X Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ¹ (далее – Закон о банкротстве), остановилось на половине пути, поскольку действие новых норм фактически парализовано отсутствием федерального закона, вступившего в силу, о внесении соответствующих изменений и дополнений в федеральные законы (п. 2 ст. 231 Закона о банкротстве).

На сегодняшний день, Государственной Думой 14.11.2012 принят в первом чтении проект федерального закона №105976-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части урегулирования реабилитационных процедур, применяемых в отношении гражданина-должника», внесенный в Госдуму Правительством РФ.

Основными новеллами в правовом регулировании «потребительского» банкротства являются следующие.

Заявление о признании гражданина банкротом принимается арбитражным судом, если требования к такому гражданину в совокупности составляют не менее чем пятьдесят тысяч рублей и указанные требования не исполнены в течение трех месяцев с даты, когда они должны были быть исполнены, а также если удовлетворение требований одного кредитора или нескольких кредиторов приводит к невозможности исполнения гражданином обязанностей по уплате обязательных платежей и (или) денежных обязательств, иных обязательств в полном объеме перед другими кредиторами, независимо от наличия решения суда, арбитражного суда, третейского суда, подтверждающего требования по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей.

Гражданин вправе привлечь для участия в деле о банкротстве финансового управляющего.

Введена новая процедура – реструктуризация долгов. Данная процедура вводится в целях погашения требований конкурсных кредиторов и уполномоченных органов, включенных в реестр требований кредиторов в соответствии с условиями плана реструктуризации долгов – документом, разрабатываемым гражданином и содержащим условия погашения требований конкурсных кредиторов и уполномоченных органов в ходе реструктуризации долгов, утверждаемого арбитражным судом.

План реструктуризации долгов может быть представлен гражданином, если он имеет постоянный доход на дату представления плана реструктуризации долгов; не имеет неснятой или непогашенной судимости за умышленные преступления в сфере экономики и не привлекался в течение трех лет до принятия заявления о банкротстве к административной ответственности за хищение, умышленное уничтожение или повреждение имущества, преднамеренное или фиктивное банкротство; не признавался банкротом в течение пяти лет, предшествующих представлению плана реструктуризации долгов; в течение восьми лет, предшествующих представлению плана реструктуризации долгов, в отношении гражданина не утверждался план реструктуризации долгов.

Процедура реструктуризации долгов вводится на срок, составляющий шесть месяцев, с возможностью продления. При этом срок плана реструктуризации долгов не может превышать пяти лет.

Арбитражный суд принимает решение о признании должника банкротом в случае, если гражданином не представлен в арбитражный суд план реструктуризации долгов, в утверждении плана реструктуризации долгов отказано, план реструктуризации долгов отменен арбитражным судом.

После завершения расчетов с кредиторами гражданин, признанный банкротом, освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов (освобождение гражданина от обязательств), включая требования кредиторов, не заявленные при введении реструктуризации долгов, за исключением требований кредиторов по текущим платежам, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, о компенсации морального вреда, об уплате алиментов, а также иных требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, включая требования, не заявленные при введении реструктуризации долгов.

Такие требования сохраняют силу и могут быть предъявлены после окончания производства по делу о банкротстве должника в непогашенной их части. После завершения реструктуризации долгов на неудовлетворенные требования кредиторов предусмотренные настоящим пунктом, арбитражным судом выдаются исполнительные листы.

Еще одной крупной новеллой является введение последствий признания должника банкротом.

Так, освобождение гражданина от обязательств не допускается если вступившим в законную силу судебным актом гражданин привлечен к уголовной или административной ответственности за неправомерные действия при банкротстве, преднамеренное или фиктивное банкротство, если такие правонарушения совершены в данном деле о банкротстве, а также если гражданин не предоставлял необходимую информацию или предоставлял недостоверную информацию арбитражному суду, рассматривающему дело о банкротстве.

Гражданин не вправе в течение пяти лет с даты признания его банкротом принимать на себя обязательства по кредитным договорам и (или) договорам займа без указания на свое банкротство.

После признания гражданина банкротом дело о банкротстве не может быть возбуждено по его заявлению в течение пяти лет.

В случае повторного признания гражданина банкротом в течение указанного периода по заявлению конкурсного кредитора или уполномоченного органа в ходе вновь возбужденного дела о банкротстве правило об освобождении гражданина от обязательств не применяется. Неудовлетворенные требования кредиторов могут быть предъявлены в порядке, установленном законодательством об исполнительном производстве.

После завершения реструктуризации долгов на неудовлетворенные требования кредиторов арбитражным судом выдаются исполнительные листы.

Гражданин не может быть зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя в течение года с даты признания его банкротом.

Представляется, что предложенные пути развития законодательства о «потребительском» банкротстве в России в своей системе могут положительно повлиять на экономику нашей страны в целом.

¹ *Собрание законодательства РФ*. 2002. № 43. Ст. 4190.

И.Ю. Загоруйко, Е.В. Шмыков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ВЛИЯНИЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ НА ЭКОНОМИКУ ГОСУДАРСТВА (ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ)

Ключевыми факторами экономического развития современного государства являются факторы, связанные с интеллектуальной деятельностью человека:

– гуманизация экономики – основной частью расхода бюджета и вложения инвестиций становится интеллектуальная деятельность человека;

– информатизация экономики – увеличивается количество и качество источников знаний (учебных заведений, организаций) и потребителей знаний.

– глобализация экономики – все большее количество организаций, деятельность которых связана с интеллектуальной собственностью, ориентируется на мировой рынок, наращивая импорт и экспорт продукции, содержащей объекты интеллектуальной собственности¹.

Интеллектуальная деятельность в широком ее понимании – это часть жизнедеятельности общества, зависящей от экономических, политических, социальных, технических факторов общественного устройства. Об интеллектуальной деятельности социально-экономического субъекта можно вести речь, когда деятельность такого субъекта носит осознанный, целенаправленный характер. Экономический аспект интеллектуальной деятельности общества заключается в отрицании устаревших, недействующих способов и форм хозяйствования, создания и использования новых². Результатом интеллектуальной деятельности, как правило, является интеллектуальная модель процесса или объекта, их отличительный признак, который становится объектом интеллектуальной собственности и который будет использован в сфере массового производства товаров и услуг.

В условиях глобальной рыночной, научно-технической конкуренции значение объекта интеллектуальной собственности существенно расширяется. В экономическом смысле интеллектуальная деятельность способствует инновационному развитию как предприятия (на микроуровне), так и государства в целом (на макроуровне) в условиях глобальной конкуренции. Поскольку созданные объекты интеллектуальной собственности имеют определенную ценность, права их обладателей нуждаются в защите государства на внутригосударственном и международном уровнях. Интеллектуальная собственность, как способ повышения эффективности экономики государства, а также развития его конкурентоспособности на мировом рынке, предполагает совершенствование государственного регулирования в области контроля за соблюдением интересов субъектов интеллектуальной собственности. Предоставляя услуги по защите интеллектуальной собственности, государство решает задачи повышения их качества как во внутриэкономической, так и во внешнеэкономической среде.

Ряд исследований показал, что защита прав интеллектуальной собственности представляет собой сложный процесс, влияющий на темпы экономического государства³. Это выражается в том, что защита прав интеллектуальной собственности, с одной стороны, поощряет инновации, однако, с другой стороны, может привести к монополистическому поведению на рынке, что, в свою очередь, повлечет замедление экономического роста.

В работах, исследующих институты в области защиты прав интеллектуальной собственности, выделялось 3 группы влияния защиты прав на инновационную деятельность:

Первая группа: Позитивное влияние защиты прав интеллектуальной собственности на инновационную активность и улучшение технологий.

Вторая группа: В ситуации одновременного использования чужих технологий и инновационных открытий, приоритет отдается чужим технологиям при слабой защите интеллектуальной собственности.

Третья группа: Увеличение положительного влияния сильной защиты интеллектуальной собственности на уровень иностранных инвестиций⁴.

Исследования, проведенные рядом авторов⁵, установили положительную связь между защитой прав интеллектуальной собственности и экономическим ростом. Был выявлен положительный эффект на экономический рост от усиленной защиты прав интеллектуальной собственности для стран как с высоким, так и низким уровнем доходов. Были обнаружены статистически значимые результаты влияния уровня защиты прав интеллектуальной собственности на экономический рост (рост ВВП) на душу населения для стран с первоначально высоким уровнем экономического роста. Это были ожидаемые результаты. Такой же уровень влияния защиты прав интеллектуальной собственности на рост ВВП был обнаружен и для стран с низким уровнем экономического роста. Однако неожиданными оказались результаты для стран со средним уровнем развития. Для таких стран связь уровня защиты прав интеллектуальной собственности на экономический рост оказалась статистически незначимой. Такие результаты объясняются тем, что в странах со средним уровнем доходов экономический рост происходит за счет использования чужих технологий, а значит, повышение уровня защиты прав интеллектуальной собственности создает обратный эффект – ухудшение эффекта от роста прямых иностранных инвестиций. Развитые страны получают большую выгоду от соглашения по ТРИПС, чем развивающиеся. Более того, развивающиеся страны могут нести потери.

Р. Хорри и Т. Ивайсако⁶ также отмечали, что в развивающихся странах слабая защита прав интеллектуальной собственности в долгосрочной перспективе приводит к увеличению ВВП, поскольку в ней широко используются сторонние (чужие) открытия.

Исследования экономического развития России⁷ показали отрицательное влияние усиления защиты прав интеллектуальной собственности на экономический рост, т.е. усиление защиты прав ин-

теллектуальной собственности приводило к уменьшению ВВП на душу населения. Однако данными авторами была выявлена более сложная корреляция, связанная со способами защиты прав интеллектуальной собственности. Авторы пришли к выводу, что прямого влияния на экономический рост в развивающихся странах защита прав интеллектуальной собственности не оказывает. Но имеет значение способ осуществления указанной защиты прав, например путем увеличения расходов государства на исследования и опытно-конструкторскую работу. А темпы экономического роста стран, в которых защита прав интеллектуальной собственности находится на достаточно высоком уровне, определяются экономическими факторами положительно. Однако при увеличении расходов государства на научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы с целью усиления защиты прав интеллектуальной собственности выявлено отрицательное влияние на экономический рост.

Возник вопрос о причинах такого явления. Еще в 2006 году комиссией по научно-технической политике под председательством министра образования и науки была одобрена «Стратегия развития науки и инноваций в Российской Федерации на период до 2015 года». Прорекламированная правительством необходимость создания благоприятного климата для инноваций привела к значительному росту финансирования федеральных целевых программ. Однако реализация полученных результатов интеллектуальной деятельности осуществлялась согласно сложившейся практике: опытно-конструкторские работы, финансируемые из бюджета, в основном проводятся государственными научно-исследовательскими организациями и университетами⁸. То есть взаимодействие происходит на уровне государство (в лице государственных заказчиков) – государственный сектор науки (организации РАН, вузы, ФГУПы – исполнители государственных контрактов). И как результат – инновационные проекты, профинансированные государством, остаются невостребованными частным сектором.

В связи с этим одной из последних инициатив стала инициатива развития государственно-частного партнерства при коммерциализации технологий. Особенность таких проектов – совместное финансирование из средств бюджета и внебюджетных источников, а значит, привлечение бизнеса к участию в отборе проектов.

Таким образом, на основании указанных исследований можно сделать вывод о том, что необходимо учитывать комплексное влияние создания, использования и правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности на экономическое развитие государства.

¹ *Экономика: Учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. / под. ред. А.С. Булатова М.: Юристъ, 2002.*

² *Кокурин Д.И. Инновационная деятельность: монография. М.: Экзамен, 2001.*

³ *Алексеев М.Ю., Покровский Д.А. Влияние защиты прав на интеллектуальную собственность на темп экономического роста // XIII Междунар. науч. конф. по проблемам развития экономики и общества: в 4 кн. М.: ИД НИУ ВШЭ, 2012. Кн. 1.*

⁴ Там же.

⁵ *Falvey R., Foster N., Greenaway D. Intellectual Property Rights and Economic Growth // Review of Development Economics. 2006. V.10, №4.*

⁶ *Horii R., Iwaisako T. Economic Growth with Imperfect Protection of Intellectual Property Rights // Journal of Economics. 2007. V. 90, №1.*

⁷ *Алексеев М.Ю., Покровский Д.А. Указ. соч.*

⁸ *Воронкина Л.В., Иванова О.В., Рыбакова Л.И. Важнейшие инновационные проекты государственного значения как инструмент коммерциализации научно-технических разработок на принципах частно-государственного партнерства // Наука, инновации, образование. 2008. Вып. 4.*

И.Ю. Загоруйко, Ж.В. Эстерлейн

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВОЙ АСПЕКТ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ ПО ВОПРОСАМ ЛИЦЕНЗИРОВАНИЯ В ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВЕ

В рамках экономических отношений Российская Федерация особое внимание уделяет разрешительной политике. Разновидностями разрешительной политики нашего государства являются система государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности, система сертификации, государственной аккредитации, а также система лицензирования.

Институт лицензирования, по мнению большинства ученых-правоведов, является совокупностью норм, правил, процедур административного права, а также одной из форм административного

взаимодействия между субъектами предпринимательских отношений и государством, целью которого является обеспечение баланса частных и публичных интересов.

Для более детального понимания института лицензирования необходимо изучить правовую природу первоначального значения понятия «лицензия». Этимологически слово «лицензия» происходит от лат. licentia, что означает разрешение. Латинско-русский словарь под редакцией О. Петрученко под лицензией подразумевает «вольность, свободу делать что угодно»¹. «Универсальный словарь иностранных слов русского языка» под лицензией понимает «разрешение на что-либо» либо «право льготного или бесплатного пользования чем-либо»².

В юридической науке понятие лицензии употреблялось в двух основных значениях. Во-первых, под лицензией понимают право на занятие определенным видом деятельности. Во-вторых, лицензия – это документ, свидетельство, удостоверяющее указанное право.

Первой точки зрения придерживается доктор юридических наук С.Э. Жилинский, который лицензию определяет как специальное разрешение (право) на осуществление конкретного вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю³.

С другой стороны, правовед Н.Ю. Круглова определяет лицензию как официальный документ, который разрешает осуществление указанного в нем вида деятельности в течение установленного срока на определенных условиях⁴.

Однако две указанные точки зрения нашли свое отражение в Федеральном законе от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» (далее – ФЗ № 99 либо ФЗ «О лицензировании»), который в ст. 3 дает следующее определение лицензии - специальное разрешение на право осуществления юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем конкретного вида деятельности (выполнения работ, оказания услуг, составляющих лицензируемый вид деятельности), которое подтверждается документом, выданным лицензирующим органом на бумажном носителе или в форме электронного документа, подписанного электронной подписью, в случае, если в заявлении о предоставлении лицензии указывалось на необходимость выдачи такого документа в форме электронного документа⁵.

На наш взгляд, данное определение является удачным решением законодателя, так как оно не только выражает сущность лицензии, но и соответствует сформировавшейся правовой действительности и темпам развития гражданского оборота.

Становление института лицензирования в российском праве началось с закона РСФСР «О предприятиях и предпринимательской деятельности» от 25 декабря 1990 г.⁶ Статья 21 данного закона впервые закрепила понятие «лицензирование хозяйственной деятельности». Кроме того, Закон устанавливал правило, согласно которому отдельные виды хозяйственной деятельности могли осуществляться только на основании специального разрешения (лицензии). Перечень их должен был определяться Правительством Российской Федерации. Такой перечень был утвержден Правительством лишь в конце декабря 1994 г., когда уже вступил в силу современный Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ), в ст. 49 которого была закреплена норма, согласно которой отдельными видами деятельности (перечень их определяется законом) юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). Отсюда можно сделать вывод, что все виды экономической деятельности по правовому режиму делятся на лицензируемые и общие. И хотя ГК РФ говорит лишь о юридическом лице, но, в силу п. 3 ст. 23 ГК РФ, данная норма распространяется и на индивидуальных предпринимателей, если тот или иной вид деятельности будет подходить под перечень, установленный законом.

Однако порядок лицензирования определенных видов деятельности продолжал осуществляться на основании уже названного постановления Правительства вплоть до принятия Федерального закона от 25 сентября 1998 г. «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁷, который впервые на законодательном уровне установил лицензионный режим деятельности не только для юридических лиц, но и для индивидуальных предпринимателей. В нем были сформулированы основные принципы осуществления процесса лицензирования, дано определение таких понятий, как «лицензия», «лицензионный вид деятельности», «лицензирующие органы», «лицензиат» и др. Главной особенностью данного закона было то, что он впервые заложил правовые основы регулирования отношений, возникающих между федеральными органами исполнительной власти, субъектов Российской Федерации, юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями в связи с осуществлением лицензирования отдельных видов деятельности⁸. Данный закон утратил силу в связи с принятием нового Федерального закона от 8 августа 2001 года № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятель-

ности» (далее – ФЗ № 128)⁹, который действовал до принятия ФЗ № 99, уже третьего по счету ныне действующего закона.

Принятие ФЗ № 128 было обусловлено необходимостью совершенствования лицензионного контроля в связи с происходящими изменениями в сфере предпринимательских отношений, нарастающим ростом российской экономики и увеличением гражданского оборота.

Необходимо отметить, что ФЗ № 128 в статье 17 содержал перечень видов деятельности, на осуществление которых требуется лицензия. На момент принятия указанного ФЗ лицензируемых видов деятельности насчитывалось 105. К моменту принятия нового ФЗ «О лицензировании» количество лицензируемой деятельности сократилось до 60. В ФЗ № 99 количество лицензируемых видов деятельности равно 50, и с каждым годом их число продолжает сокращаться. Данный факт указывает на то, что лицензионный контроль отдельных видов деятельности со стороны государственных органов уменьшается и постепенно переходит на профессиональных участников гражданского оборота.

К субъектам, участвующим в лицензионных правоотношениях, относятся не только индивидуальные предприниматели и юридические лица, но и субъекты, наделенные властными полномочиями, т.е. само государство и его органы. К таким органам относятся федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, что подтверждается положениями ФЗ «О лицензировании» и подзаконных актов, регламентирующих процедуру лицензирования отдельных видов деятельности (постановление Правительства РФ от 26 января 2006 г. № 45 «Об организации лицензирования отдельных видов деятельности»). А в соответствующих региональных актах определяется система органов, осуществляющих лицензирование в субъектах Российской Федерации (например, постановление правительства Москвы от 25 марта 2003 г. № 175-ПП «Об утверждении положения о Комитете лицензирования города Москвы»; постановление Ленинградской области от 27 декабря 2004 г. № 318 «Положение о Комитете экономического развития Ленинградской области»).

Согласно ФЗ «О лицензировании», на федеральном уровне сложилась отраслевая система лицензирующих органов. Однако на региональном уровне система лицензирующих органов может быть как отраслевой, так и межотраслевой. Это связано с тем, что важной функцией региональных органов лицензирования является профилактическая работа с лицензиатами, которая обеспечивает взаимодействие лицензирующих органов с другими органами государственной власти.

Ещё одним дискуссионным вопросом является целесообразность введения института саморегулируемых организаций и его эффективность при выдаче лицензий. С вступлением в силу ФЗ «О саморегулируемых организациях» многие специалисты увидели повышение эффективности лицензирования отдельных видов деятельности с помощью саморегулируемых организаций (СРО). Так, явная положительная динамика проявляется в деятельности арбитражных управляющих. В настоящее время каждый арбитражный управляющий обязан быть членом одной из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих. Таким образом, создание саморегулируемых организаций арбитражных управляющих практически одновременно с отказом от лицензирования деятельности арбитражных управляющих означает, что государство переложило на эти организации часть своих, публично-правовых, функций.

Рассматривая субъектный состав лицензионных отношений, можно утверждать, что полномочиями в сфере лицензирования на основании закона могут быть наделены и иные субъекты, которые не являются «лицензирующими органами» в смысле положений ФЗ «О лицензировании».

¹ Петрученко О. Латинско-русский словарь. СПб., 1994. С. 364.

² Универсальный словарь иностранных слов русского языка. М.: Вече, 2000. С. 319.

³ Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник для вузов / С.Э. Жилинский. 8-е изд., пересмотр. и доп. М.: Норма, 2007. С. 212.

⁴ См.: Круглова Н.Ю. Хозяйственное право. М., 1997. С. 301.

⁵ О лицензировании отдельных видов деятельности: Федеральный закон от 04.05.2011 №99-ФЗ (ред. от 02.07.2013) // Рос. газета. 2011. №97.

⁶ Закон РСФСР от 25 декабря 1990 года, утратил силу в связи с введением части первой ГК РФ с 1 января 1995 г.

⁷ О лицензировании отдельных видов деятельности: Федеральный закон от 25.09.1998 №158-ФЗ (ред. от 29.12.2000) // Рос. газета. 1998. №188.

⁸ Колесник Г.И. Правовое регулирование лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности // Северо-Кавказский юридический вестник, №1, 2012. С. 69–73.

⁹ О лицензировании отдельных видов деятельности: Федеральный закон от 08.08.2001 №128-ФЗ (ред. от 29.12.2010) // Рос. газета. 2001. №153–154.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ БАНКРОТСТВА ЛИКВИДИРУЕМОГО ДОЛЖНИКА

Должник, находящийся в процедуре ликвидации, является особым субъектом конкурсных отношений, так как производство по делу о его несостоятельности (банкротстве) возбуждается только в том случае, если в процессе ликвидации выявлена недостаточность имущества должника для удовлетворения требований кредиторов¹. Так, в соответствии с п. 1 ст. 224 Закона о банкротстве² в случае, если стоимость имущества должника - юридического лица, в отношении которого принято решение о ликвидации имущества, является недостаточной для удовлетворения требований кредиторов, такое юридическое лицо ликвидируется в порядке, предусмотренном Законом о банкротстве по упрощенной процедуре, применяемой в деле о банкротстве.

В соответствии с абз. 2 п. 3 ст. 63 ГК РФ³ в случае недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица для удовлетворения требований кредиторов либо при наличии признаков банкротства юридического лица ликвидационная комиссия обязана обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве юридического лица. Данная обязанность дублируется и в п. 2 ст. 224 Закона о банкротстве.

В соответствии с п. 2 ст. 63 ГК РФ после окончания срока для предъявления требований кредиторами ликвидационная комиссия составляет промежуточный ликвидационный баланс, который содержит сведения о составе имущества ликвидируемого юридического лица, перечне предъявленных кредиторами требований, а также о результатах их рассмотрения.

Возникает вопрос: может ли ликвидационная комиссия выявить недостаточность имущества ликвидируемого юридического лица до составления промежуточного ликвидационного баланса и обратиться в арбитражный суд с заявлением о банкротстве этого юридического лица.

Наука и судебная практика неоднозначно решают этот вопрос.

Суть данной проблемы кроется и в весьма спорном понятии – недостаточность имущества. В юридической литературе справедливо отмечается, что дискуссионным остается вопрос о том, с чем надлежит сравнивать стоимость имущества должника – с общей суммой кредиторской задолженности или с суммой требований, заявленных кредиторами в ликвидационную комиссию (ликвидатору) должника⁴.

Так, С.В. Соловьева полагает, что только после предъявления всех требований кредиторов к должнику и надлежащей проверки их обоснованности ликвидационной комиссией возможно установить соотношение суммы долга и стоимости имущества юридического лица. Без проведения предписанных ст. 63 ГК РФ действий нет законных оснований говорить о недостаточности имущества юридического лица для удовлетворения всех требований кредиторов⁵.

Существует и другая позиция, в соответствии с которой для целей конкурсного права необходимо со стоимостью имущества должника сравнивать размер требований кредиторов, которые существуют согласно имеющимся у должника документам, независимо от того, заявлены ли они кредиторами.

Так, если сравнивать стоимость имущества должника с общей суммой кредиторской задолженности, то ликвидационная комиссия может вполне реально выявить, что стоимость имущества у должника меньше, чем его кредиторская задолженность, ранее истечения срока для предъявления требований кредиторов, т.е. до составления промежуточного ликвидационного баланса. В таком случае как должна поступать ликвидационная комиссия: ждать истечения срока для предъявления требований кредиторов, составлять промежуточный ликвидационный баланс и только потом обращаться в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом или сразу, как только обнаружена недостаточность имущества. Думается, что в интересах и должника, и кредиторов ликвидационная комиссия должна сразу обращаться в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом, что позволит раньше рассчитаться должнику с кредиторами уже в рамках конкурсного производства.

В пользу данного подхода говорит и то, что в абз. 2 п. 4 ст. 61 ГК РФ нет указания именно на заявленные требования, а речь идет о требованиях вообще. Как справедливо отмечается в литературе, главный аргумент в пользу рассматриваемой позиции состоит в том, что из п. 3 ст. 224 Закона о

банкротстве следует, что обстоятельства, предусмотренные п. 1 этой статьи (недостаточность имущества ликвидируемого должника для удовлетворения всех требований кредиторов), могут быть обнаружены как после, так и до создания ликвидационной комиссии. Из сказанного вытекает, что если предусмотрена возможность подачи заявления о признании должника банкротом до появления ликвидационной комиссии, это означает, что и до составления промежуточного баланса, т.е. и до того, как заявлены все требования кредиторов⁶.

Конечно, если сравнивать стоимость имущества с суммой требований, заявленных кредиторами в ликвидационную комиссию должника, вопрос о том, когда подавать заявление о признании должника банкротом, снимается, поскольку в данном случае подача такого заявления возможна после заявления требований кредиторов соответственно, т.е. после составления промежуточного ликвидационного баланса.

Таким образом, целесообразнее все-таки сравнивать стоимость имущества должника с общей суммой кредиторской задолженности, а не с суммой требований, заявленных кредиторами для более оперативного реагирования на недостаточность имущества должника.

¹ Романов Р.И. Признание несостоятельным должника в процедуре ликвидации // Арбитражный управляющий. 2011. №6 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² О несостоятельности (банкротстве): федеральный закон от 26.10.2002 // Рос. газ. 2002. 2 нояб. (№209-210).

³ Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 №51-ФЗ // Рос. газ. 1994. 8 дек. (№238-239).

⁴ Романов Р.И. Указ. соч.

⁵ Соловьева С.В. Комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Залесского. С. 511. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Ткачев В.Н. Несостоятельность (банкротство) особых категорий субъектов конкурсного права: теоретические и практические проблемы правового регулирования. М.: Волтерс Клувер, 2007. 368 с. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

А.О. Казаков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИНВЕСТИЦИОННАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Понятие «инвестиционная деятельность» в Российской Федерации вот уже почти двадцать лет имеет легальное закрепление. В соответствии с пунктом 2 статьи 1 Закона РСФСР от 26.06.1991 №1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (в ред. от 19.07.2011, действующий в части, не противоречащей Федеральному закону от 25.02.1999 №39-ФЗ) инвестиционная деятельность – это вложение инвестиций, или инвестирование, и совокупность практических действий по реализации инвестиций¹. Также в соответствии с абзацем 3 статьи 1 Федерального закона от 25.02.1999 №39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (в редакции от 28.12.2013) «инвестиционная деятельность — это вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта»².

Несмотря на правовое закрепление понятия «инвестиционная деятельность», в юридической и экономической литературе вопрос о том, что же следует считать такой деятельностью (инвестированием), до сих пор не решен однозначно. Как отмечает Р.В. Чикулаев, согласно российской экономической теории инвестиционная деятельность подразумевает вложение инвестиций (финансовых, имущественно-материальных, трудовых, интеллектуальных и иных ценностей) в соответствующие объекты как материального, так и нематериального мира³. Как указывает А.В. Майфат, «под инвестированием мы понимаем процесс передачи, вложения различного рода субъектами (инвесторами) материальных благ в деятельность организатора инвестирования с целью получения ими в будущем материальной выгоды, дохода, который целиком зависит от усилий организатора инвестирования». При этом, как замечает исследователь, инвестиции передаются в собственность организатору инвестирования и инвестор, как правило, полностью лишается де факто и де юре контролировать переданные им материальные блага для получения выгоды или дохода. Таким образом, правоотношения между инвестором и организатором инвестирования можно охарактеризовать как относительные. Поэтому

«не являются инвестированием приобретение недвижимости, валюты и иные способы сбережения, поскольку здесь интерес реализуется в рамках абсолютных отношений»⁴.

Как считает О.В. Пиняскина, под «инвестиционной понимается правомерная деятельность по вложению имущества и осуществлению практических действий с целью получения в будущем прибыли и (или) достижения иного положительного социального результата, основанная на инициативе и ответственности инвестора, предполагающего наличие возможных рисков потерь в ходе осуществления такой деятельности»⁵. Представленное понятие выгодно отличается от указанных выше дефиниций прежде всего тем, что его автор подчеркивает цель инвестирования — получение прибыли или достижения иного положительного социального результата (невооруженным взглядом видны параллели с официальной формулировкой инвестиционной деятельности из ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»).

Как справедливо подчеркивает ученый, «применительно к российскому правовому полю сложилась неоднозначная практика употребления термина «инвестиционная деятельность»: «...с одной стороны, при использовании словосочетания «инвестиционная деятельность» подразумевается профессиональная деятельность участников на рынке ценных бумаг... С другой стороны, если организация занимается капитальными вложениями активов куда-либо, это также трактуется как «инвестиционная деятельность». Такое важное замечание вызвано в первую очередь тем, что в зарубежных правовых порядках инвестиционная деятельность связывается, как правило, только с профессиональной деятельностью на рынке ценных бумаг. Однако в российской правовой системе термин «инвестирование» исторически имеет более широкую трактовку. Как справедливо замечает исследователь, «такое двойное употребление словосочетания «инвестиционная деятельность», с одной стороны, не противоречит законодательству, поскольку оба случая употребления подпадают под действие его норм, однако, с другой стороны, сложившаяся практика вносит путаницу в восприятие упомянутого термина»⁶.

Несмотря на то, что имеющиеся разногласия в определении инвестиционной деятельности не играют большой роли на практике (т.к. законодательство практически любого государства имеет свою специфику в определении и регулировании инвестиций), в заключение констатируем, что существует необходимость закрепить единое понятие «инвестиционная деятельность» в целях совершенствования российского законодательства. При этом следует окончательно лишить законной силы утративший актуальность Закон «Об инвестиционной деятельности в РСФСР». Благодаря этому удастся устранить имеющиеся противоречия в правовом определении инвестиционной деятельности и придать новый импульс в ее исследовании юридической науке.

¹ *Об инвестиционной деятельности в РСФСР: закон РСФСР от 26.06.1991 №1488-1 (ред. от 19.07.2011)* [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений: Федеральный закон от 25.02.1999 №39-ФЗ (ред. от 28.12.2013)* [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ *Чиклаев Р.В.* Высокорисковые (венчурные) инвестиции в системе правового регулирования финансовых инструментов // *Юрист.* 2013. №7. С. 43–46.

⁴ *Майфат А.В.* Инвестор: понятие, статус, деятельность // *Современное право.* 2005. №10. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ *Пиняскина О.В.* О правовой природе инвестиционной деятельности // *Банковское право.* 2010. №2. С. 15–22.

⁶ Там же.

К.С. Кондратьева

Высшая школа экономики, г. Пермь

К ВОПРОСУ О КВАЛИФИКАЦИИ ДОГОВОРА УЧАСТИЯ В ДОЛЕВОМ СТРОИТЕЛЬСТВЕ ОБЪЕКТОВ НЕДВИЖИМОСТИ

Правовая характеристика договора долевого участия в строительстве в литературе и правоприменительной практике отличается разнообразием взглядов.

Некоторые авторы, среди которых можно выделить О.Г. Ершова, О.А. Евсееву, О.А. Макарову, Е.В. Резцову и др., рассматривают договор участия в долевого строительстве как договор строительного подряда, договор бытового подряда, обязательство подрядного типа или «основание возникновения подрядного обязательства» и таким образом отождествляют договор участия в долевого строи-

тельстве с договором подряда, другие, напротив, утверждают, что договор участия в долевом строительстве не может признаваться договором строительного подряда.

Также существуют предложения А.С. Дурнова, Е.В. Фоминой, Н.В. Буниной квалифицировать договор участия в долевом строительстве как договор присоединения, договор об оказании услуг или договор на выполнение работ. Некоторые авторы характеризуют договор участия в долевом строительстве как договор купли-продажи имущества, которое будет создано продавцом в будущем, другие, напротив, считают, что рассматривать договор долевого участия в строительстве как разновидность договора купли-продажи нельзя.

Думается, что позиция, в соответствии с которой, договор долевого участия в строительстве может быть квалифицирован и как договор купли-продажи является неверной.

Проблема в решении вопроса о соотношении договора участия в долевом строительстве и договора купли-продажи возникла в связи с принятием Пленумом ВАС РФ Постановления от 11.07.2011 №54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем», которое в п. 11 разъяснило, что нормы Закона о долевом строительстве являются специальными по отношению к положениям ГК РФ о купле-продаже будущей вещи. В юридической литературе уже ставился вопрос, каким образом следует это понимать: следует ли расценивать договор участия в долевом строительстве как разновидность договора купли-продажи будущей недвижимой вещи, или нормы ГК РФ о купле-продаже не применяются в отношении договора участия в долевом строительстве, так как в случае наличия специальной нормы права применению подлежит эта специальная норма?

Представляется верной точка зрения о невозможности применения в данном случае норм о купле-продаже будущей недвижимой вещи, учитывая, что куплю-продажу будущей недвижимости следует квалифицировать как разновидность купли-продажи.

Но судебные инстанции восприняли по-другому разъяснения Постановления Пленума ВАС РФ от 11.07.2011 №54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» и квалифицируют договоры участия в долевом строительстве в качестве договора купли-продажи, зачастую не углубляясь в вопрос возможности и целесообразности такой квалификации (например, Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 27.08.2012 №ВАС-10566/12 по делу №А70-11206/2011; Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 12.04.2012 по делу №А40-100759/10-37-812; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.09.2012 по делу №А56-31702/2011).

Одни авторы квалифицируют договор участия в долевом строительстве как договор простого товарищества, другие доказывают, что это два различных по своей природе договора и «нет оснований утверждать, что стороны по договору долевого участия вносят вклады, как в договоре простого товарищества». В практической деятельности иногда также исходят из возможности квалифицировать договоры долевого участия как договоры о совместной деятельности.

Представляется, что особого внимания заслуживает концепция, в соответствии с которой договор участия в долевом строительстве является по своей правовой природе смешанным. Так, по мнению Е.Г. Донских, Н.К. Евстратовой, Д.А. Соболева, И.И. Харитошкина договор участия в долевом строительстве является договором смешанного типа.

Распространенной в отечественной науке является и противоположная концепция, в соответствии с которой нельзя договор участия в долевом строительстве рассматривать в качестве смешанного.

Однако при квалификации договора участия в долевом строительстве объектов недвижимости следует учитывать, что последний не поименованным в ГК РФ и практически все ученые, раскрывая принцип свободы договора, отмечают возможность заключать не поименованные в ГК РФ сделки, что является одним из проявлений такой свободы. Тем не менее, и теория, и практика крайне настоятельно относятся к заключению субъектами договоров, не названных в ГК РФ.

Более того, правоприменительная практика по данному вопросу является крайне противоречивой. Так, в многочисленных постановлениях Высшего Арбитражного Суда РФ, принятых до введения в действие Закона о долевом строительстве, договоры участия в долевом строительстве квалифицировались как договоры простого товарищества (например, Постановления Президиума ВАС РФ от 2 апреля 1996 г. №1255/95; от 6 августа 1996 г. №1620/96; от 24 июня 1997 г. №5166/96), в определениях Высшего Арбитражного Суда РФ, принятых после введения в действие Закона о долевом строительстве, – как инвестиционные (например, определения ВАС РФ от 23 ноября 2009 г. №ВАС-14590/09 по делу №А65-17914/2008-СГ5-28; от 1 июля 2011 г. №ВАС-11404/10 по делу №А78-

6232/2009), а в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ от 19 сентября 2002 г. договоры участия в долевом строительстве квалифицируются как договоры строительного подряда.

Наиболее правильной и обоснованной представляется концепция, в соответствии с которой договор участия в долевом строительстве является новым самостоятельным видом гражданско-правового договора. Его место среди договоров смежных форм обусловлено спецификой области его применения, индивидуальностью предмета договора и других его элементов.

С.Б. Матвийчук

Международный университет «МИТСО», г. Минск

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ УЧАСТНИКОВ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Защита прав и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц может осуществляться путем использования предусмотренных законом соответствующих правовых способов. В юридической литературе отмечается, что наиболее совершенной формой защиты права является судебная форма. Представляется целесообразным рассмотреть отдельные вопросы судебной защиты учредителей (участников) хозяйственных обществ в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Наиболее распространенным является обращение в суд от имени участника, которое направлено в защиту его прав. В Законе Республики Беларусь «О хозяйственных обществах» предусмотрены случаи таких обращений. Так, в соответствии с ч. 7 ст. 45 данного закона решения общего собрания участников хозяйственного общества, принятые с нарушением законодательства или устава хозяйственного общества и (или) нарушающие права и законные интересы участника этого общества, не принимавшего участия в голосовании либо голосовавшего против их принятия, могут быть обжалованы в суде участником акционерного общества в течение шести месяцев, а участником общества с ограниченной ответственностью и общества с дополнительной ответственностью – в течение двух месяцев со дня, когда они узнали или должны были узнать о принятии таких решений.

Обращаясь в суд в таком порядке, учредители (участники) юридического лица, как правило, защищают свои собственные интересы. Однако, развивая частноправовые способы защиты гражданских прав, гражданское законодательство предусмотрело новый по характеру порядок судебной защиты – возможность предъявления так называемого косвенного иска, которым защищаются права не только отдельных участников, но и юридического лица в целом.

Уникальность и новизна такого способа защиты состоит в том, что правом на предъявление такого иска наделяются лица, которым не принадлежит имущественное требование, составляющее предмет судебного производства, в то время как по общему правилу судебный процесс может возбуждаться тем, кто стремится к защите своего собственного права, и против того, на ком лежит соответствующая обязанность. Согласно ст. 6 ХПК Республики Беларусь в экономический суд вправе обращаться юридические лица и индивидуальные предприниматели, а также организации, не являющиеся юридическими лицами и граждане в случаях, предусмотренных законодательными актами в целях защиты своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов.

Однако смысл косвенного иска и заключается в том, что лицо, его заявляющее, защищает свои интересы, но не прямо, а опосредованно, путем предъявления иска в защиту другого лица. Например, участники общества предъявляют иск о неправомерных действиях органов управления хозяйственного общества. Это иск о защите прав корпорации, участники которого понесли убытки. В таких делах участники являются истцами, а управляющие – ответчиками. По понятным причинам личной заинтересованности органы управления юридического лица, которые выступают от его имени, самостоятельно не инициируют предъявление таких исков.

Анализ законодательства Республики Беларусь позволяет выделить следующие правовые основания возможности защиты прав и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц с помощью косвенных исков:

1) Пункт 3 ст. 49 ГК Республики Беларусь. Согласно данной норме лицо, которое в силу акта законодательства или учредительных документов юридического лица выступает от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Оно обязано по требованию собственника имущества (учредителей, участников) юридического лица, по-

сколькx иное не предусмотрено законодательными актами или договором, возместить убытки, причиненные им юридическому лицу.

2) Пункт 3 ст. 105 ГК Республики Беларусь. Участники (акционеры) дочернего общества вправе требовать возмещения основным обществом (товариществом) убытков, причиненных по его вине дочернему обществу, если иное не установлено законодательством о хозяйственных обществах. Содержание ст. 7 Закона Республики Беларусь «О хозяйственных обществах» почти дословно воспроизводит содержание одноименной ст. 105 ГК.

3) Статья 174 ГК Республики Беларусь. Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями его деятельности либо юридическим лицом, не имеющим специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, может быть признана судом недействительной по иску собственника имущества (учредителя, участника) этого юридического лица или государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица, если другая сторона в сделке знала или в силу акта законодательства обязана была знать о ее неправомерности, но заключила такую сделку умышленно или по неосторожности.

4) Часть 9 ст. 57 Закона Республики Беларусь «О хозяйственных обществах». Сделка, в совершении которой имеется заинтересованность аффилированного лица хозяйственного общества и которая совершена с нарушением требований данной статьи, является оспоримой и может быть признана судом недействительной по иску участников хозяйственного общества, самого хозяйственного общества, а также членов совета директоров (наблюдательного совета).

5) Часть 11 ст. 58 Закона Республики Беларусь «О хозяйственных обществах». Крупная сделка, совершенная с нарушением предъявляемых требований, является оспоримой и может быть признана судом недействительной по иску участников хозяйственного общества, самого хозяйственного общества, а также членов совета директоров (наблюдательного совета).

Вышеназванные положения данного закона совместимы с мировыми стандартами правового регулирования защиты акционеров и участников иных корпораций.

Таким образом, анализ п. 3 ст. 49, п. 3 ст. 105 и ст. 174 ГК и Закона Республики Беларусь «О хозяйственных обществах» позволяет сделать вывод, что учредители (участники) юридического лица вправе предъявлять иски к лицу, которое в силу закона или учредительных документов выступает от имени юридического лица о возмещении причиненных им убытков в пользу юридического лица. Вместе с тем хозяйственное процессуальное законодательство не содержит механизм реализации данного права, в связи с чем нуждается в теоретической разработке и внесении изменений в действующее законодательство.

И.Ю. Мирских

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О НОВЕЛЛАХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ ОХРАНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ

Работа выполнена на основе задания №2014/153 на выполнение государственных работ в сфере научной деятельности в рамках базовой части государственного задания Минобрнауки России ПГНИУ (тема «Развитие инфраструктуры инновационной деятельности: вопросы правового регулирования и охраны результатов интеллектуальной деятельности»)

Учитывая сложившуюся негативную ситуацию в области развития инноваций и формирования в России инновационной экономики, законодатель разработал пакет документов, вносящих изменения в существующее законодательство в области охраны интеллектуальных прав. В первую очередь изменения касаются положений Гражданского Кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ) в части регулирования прав на результаты интеллектуальной деятельности.

12 марта 2014 года был принят Федеральный закон РФ №35-ФЗ о внесении изменений в положения Гражданского Кодекса РФ о правах на результаты интеллектуальной деятельности и затрагивающий нормы ст. ст. 1227, 1229, 1232–1234, 1236, 1266, 1270, 1366, 1460, 1427 Гражданского Кодекса РФ, а также ст. ст. 421 и 438 ГК РФ.

Изменения, вносимые законом №35-ФЗ, вступят в силу с 1 октября 2014 года и 1 января 2015 года.

Изменениям подверглись нормы права, касающиеся вопросов распоряжения исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1229 ГК РФ) и с которыми в настоящее время связано множество споров.

В настоящее время лица, которым исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности принадлежит совместно, могут распоряжаться своим исключительным правом только совместно. Иной порядок распоряжения совместным исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности установлен только Гражданским кодексом РФ. Согласно Федеральному закону РФ №35-ФЗ от 12.03.2014 с 1 октября 2014 г. порядок распоряжения совместным исключительным правом можно будет установить по соглашению правообладателей.

Однако, законодатель до сих пор не определил требования к содержанию, порядку и форме заключения такого соглашения. В частности, остается неясным вопрос о возможности включения в соглашение права для одного из правообладателей самостоятельно распоряжаться соответствующим результатом интеллектуальной деятельности, что бывает достаточно важно в практической деятельности. Предпринимателей и практических специалистов в области управления интеллектуальной собственностью волнует вопрос о возможности более свободной передачи права на результаты интеллектуальной деятельности для использования третьим лицам на основе договора. В настоящее время в ФЗ №35 от 12.03.2014 г. нет запрета на включение в соглашение подобного положения, но и нет прямого указания на его использование. Однако, учитывая, что данная норма соответствует принципу свободы договора, закрепленному в статье 421 Гражданского Кодекса РФ, специалисты в области гражданского права считают, что такой способ распоряжения совместным исключительным правом допустим и должен более широко использоваться для развития инновационной деятельности в России.

Закономерно связан с этим вопросом и вопрос о получении доходов от совместного распоряжения исключительным правом. В настоящее время законодательно урегулирован порядок распределения доходов только от совместного использования исключительного права. Согласно ст. 1229 ГК РФ (абз. 3 п. 3) они распределяются поровну, если стороны не установили в соглашении иное. Новеллой федерального закона №35-ФЗ от 12.03.2014 является то, что с 1 октября 2014 г. начинает действовать порядок распределения доходов как от совместного использования объекта интеллектуальной собственности, так и от совместного распоряжения исключительным правом – и в том, и в другом случае они будут распределяться в равных долях, если не установлено другое.

Сфера действия этой новеллы достаточно широка, поскольку проблема четкого распределения доходов от совместного распоряжения исключительным правом возникает в отечественной практике все чаще, охватывая как случаи отчуждения права за плату или предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности другому лицу на основании возмездных лицензионных договоров, а также в случаях, когда исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности перешли нескольким лицам по наследству или были приобретены супругами в период брака.

Е.В. Мохова

Российская академия правосудия, г. Москва

МИГРАЦИЯ РОССИЙСКИХ ДОЛЖНИКОВ ЗА РУБЕЖ ПРИ ТРАНСГРАНИЧНОМ БАНКРОТСТВЕ

Одной из проблем, актуализирующих поиск адекватной регламентации трансграничных банкротств, является так называемый «банкротный туризм», под которым понимается перемещение должника в преддверии его банкротства в государство, обеспечивающее ему наиболее предпочтительный режим несостоятельности. Долгое время исследователи наблюдали только зарубежный опыт такой «миграции должников»¹, но в недавнем времени это явление затронуло и Российскую Федерацию.

Речь идет об известном деле о банкротстве российского гражданина В. Кехмана, основателя крупнейшего российского импортера фруктов группы JFC (ЗАО «Группа Джей Эф Си»)².

Фабула дела заключалась в следующем. В России было инициировано дело о несостоятельности подконтрольной господину Кехману компании, что, соответственно, не исключало риски привлечения его к субсидиарной ответственности. Кредиторы при таком сценарии и с учетом того, что у

господина Кехмана имелись активы за рубежом, стремились бы получить экзекватуру на российские судебные акты в государствах, где находится его имущество.

Возможным вариантом защиты от кредиторов для господина Кехмана стало его персональное банкротство в иностранном суде. В 2012 г. по заявлению г-на Кехмана суд Великобритании возбудил такое производство. Тем самым зарубежные активы российского должника, расположенные на территории государств, эффективно признающих решения английских судов, стали подчинены уже британскому режиму несостоятельности. Следовательно, доступ к ним как со стороны российских кредиторов господина Кехмана, так и кредиторов подконтрольной ему компании стал существенно затруднен.

Примечательно в этой ситуации как раз то, что суд Великобритании признал себя компетентным рассматривать дело о банкротстве в отношении российского гражданина. Не увенчалась успехом попытка добиться отмены решения английского суда со стороны крупнейших кредиторов компании «Группа Джей Эф Си», полагавших, что должник не имел существенной связи с правопорядком Великобритании и, по сути, действовал как «банкротный турист», манипулируя юрисдикциями с целью обойти российское законодательство, не позволяющее ему инициировать производство о персональном непредпринимательском банкротстве. Но суд Великобритании в апреле 2014 г. отказал в удовлетворении заявления кредиторов, отвергнув их доводы и указав, что «пределы дискреции судов по рассмотрению дела о банкротстве могут определяться некой прагматичной целью — нахождением активов в стране банкротства, связью договоров должника с юрисдикцией, а также случаями, когда необходимо заполнение правовой лакуны иностранного права и/или получения каких-либо выгод для должника и/или кредиторов»³.

Таким образом, суд Великобритании весьма широко рассматривает пределы своей юрисдикции и учитывает не только параметры деятельности должника и место нахождения его активов, но и состояние иностранного законодательства. Полагаем, что это весьма опасный тренд в сфере юрисдикции для коллективной процедуры, где кредиторы лишены возможности выразить свою волю на рассмотрение спора судом того или иного государства, каким бы передовым ни было его банкротное законодательство (в отличие, например, от определения компетенции иностранного суда на основе пророгационного соглашения, при заключении которого обе стороны вполне могут учесть преимущества иностранного процессуального права).

Что может государство сделать для защиты интересов отечественных кредиторов в таких ситуациях? Как противостоять подобному *forum shopping* (выбору наиболее выгодной юрисдикции) в банкротстве?

На наш взгляд, что любая простая запретительная мера не будет эффективной, так как закрепленное в российском праве ограничение на обращение лица в иностранный суд по его правилам подсудности не будет иметь экстерриториального эффекта и не может по своей природе лимитировать компетенцию иностранного суда. Кроме того, такой запрет вряд ли совместим с правом на суд, гарантированным общим международным правом и ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.⁴.

Представляется, что необходим целый комплекс мер для минимизации возможных негативных последствий *forum shopping*. Данные меры могут быть реализованы на международно-правовом и на национально-правовом уровнях.

Как известно, только международный договор может разрешить конфликт юрисдикций силами национального права полностью решить эту задачу невозможно. В связи с этим максимально эффективным способом воздействия на «банкротный туризм» может стать закрепление на международно-правовом уровне стабильных критериев международной подсудности по возбуждению производств по делу о банкротстве.

В недавнем прошлом такое предложение носило бы сугубо декларативный характер из-за крайне осторожного отношения Российской Федерации к формированию международно-правовых обязательств в столь чувствительной сфере, как несостоятельность. Но создание Евразийского экономического союза⁵ существенно меняет ситуацию для государств – его участников. Представляется, что в перспективе не исключено перенесение на наднациональный уровень регулирования основ трансграничного банкротства, по крайней мере, в части базовых вопросов – возбуждения и взаимного признания производств.

На национально-правовом уровне способом воздействия на манипуляции юрисдикциями в банкротстве могло бы стать формирование системного и развернутого регулирования трансграничной несостоятельности, в том числе с более широкими пределами подсудности по делам о банкротстве, основанными не только на критериях инкорпорации или места жительства должника.

Безусловно, расширение пределов компетенции российских судов не позволит защитить интересы отечественных кредиторов в каждом конкретном случае, если активы должника расположены за рубежом (как это наглядно демонстрирует дело господина Кехмана). Но в глобальном масштабе это позволит сбалансировать мировую конкуренцию юрисдикций и четко обозначить, что в Российской Федерации вполне могут быть инициированы дела о банкротстве в отношении иностранных должников и Россия не откажется от их банкротства в пользу иностранного суда, руководствуясь только лишь формальным критерием учреждения компании за рубежом или иностранным гражданством должника. Сразу же стоит отметить, что расширение пределов компетенции российского суда должно быть весьма аккуратным, дабы не повысить риски иностранных инвесторов и не ввергнуть трансграничный оборот в пучину неопределенности⁶.

Работа над разрабатываемым Министерством экономического развития Российской Федерации законопроектом⁷ была некоторое время назад приостановлена. Между тем можно ожидать возобновления поиска адекватной регламентации правоотношений в рассматриваемой сфере, что подтверждается утвержденным постановлением Правительства РФ от 24.07.2014 планом мероприятий («дорожной картой») «Совершенствование процедур несостоятельности (банкротства)»⁸. В «дорожной карте» содержится и раздел о совершенствовании законодательства в области трансграничной несостоятельности, с указанием на то, что предложения по данному вопросу должны быть сформулированы к марту 2015 г. Видится, что не последнюю роль в активизации работы в этом направлении играют проблемы миграции должников и риски банкротства за рубежом представителей крупного российского бизнеса.

¹ См., подробнее, например: *Walters A., Smith A. Bankruptcy Tourism Under the EC Regulation on Insolvency Proceedings: A View from England and Wales / A. Walters // International Insolvency Review. 2009. Vol.19, No. 3. P. 181-208; Mucciarelli F.M. The Unavoidable Persistence of Forum Shopping in European Insolvency Law. URL: <http://ssrn.com/abstract=2375654>. P. 6–7 (дата обращения: 15.07.2014).*

² См.: URL: <http://kommersant.ru/doc/2066841?isSearch=True> (дата обращения: 12.08.2014).

³ Текст судебного акта доступен по ссылке: URL: <http://www.20essexst.com/case/kekman> (дата обращения: 12.08.2014).

⁴ *Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года (с изм. от 13.05.2004) // Собрание законодательства РФ. 2001. №2. Ст. 163.*

⁵ Доступен в справочно-правовой системе «КонсультантПлюс» (на 15.07.2014 не вступил в силу).

⁶ См. подробнее об этой проблеме другие работы автора: *Мохова Е.В. Центр основных интересов должника при трансграничной несостоятельности: перспективы введения в России новых правовых конструкций // Закон. 2012. №10.*

⁷ См. URL: http://www.economy.gov.ru/wps/wcm/connect/economylib4/mer/activity/sections/corpmanagment/bankruptcy/doc20110225_04 (дата обращения: 12.08.2014).

⁸ См. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201407290003> (дата обращения: 12.08.2014).

А.А. Серебрякова

Байкальский федеральный университет, г. Калининград

УНИФИКАЦИЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ СОЦИАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В мае 2012 года при Торгово-промышленной палате Российской Федерации был сформирован Координационный совет по вопросам развития социального бизнеса и предпринимательства, а следом – Экспертный совет по развитию социального предпринимательства при Комитете по экономической политике, инновационному развитию и предпринимательству Государственной Думы РФ, где активно обсуждалась легализация термина «социальное предпринимательство» в российском законодательстве.

Дальнейшее развитие идея социального предпринимательства в России получает на государственном уровне в приказе Минэкономразвития России от 23.04.2012 №223 «Об организации проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2012 году предоставляются субсидии для финансирования мероприятий, осуществляемых в рамках оказания государственной поддержки малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации»¹ (далее – приказ №223). В упомянутом приказе было дано понятие социальному предпринимательству.

В частности, в статье 5.19 приказа №223 отмечается, что в конкурсном отборе по мероприятиям, связанным с поддержкой социального предпринимательства, принимают участие субъекты Российской Федерации, принявшие на себя определенные обязательства. При этом социальное предпринимательство – это социально ответственная деятельность субъектов малого предпринимательства, направленная на решение социальных проблем, в том числе обеспечивающих выполнение следующих условий:

а) обеспечение занятости инвалидов, матерей, имеющих детей в возрасте до 3 лет, выпускников детских домов, лиц, находящихся в трудной жизненной ситуации, и некоторых иных категорий лиц, при условии, что среднесписочная численность указанных категорий граждан среди их работников составляет не менее 50%, а доля в фонде оплаты труда - не менее 25%;

б) предоставление услуг (производство товаров) в следующих сферах деятельности:

- содействие профессиональной ориентации и трудоустройству, включая содействие занятости;
- социальное обслуживание граждан, услуги здравоохранения, физической культуры и массового спорта, проведение занятий в детских и молодежных кружках, секциях, студиях;
- производство и (или) реализация медицинской техники, протезно-ортопедических изделий, а также технических средств, включая автотранспорт, материалы, которые могут быть использованы исключительно для профилактики инвалидности или реабилитации инвалидов;
- обеспечение культурно-просветительской деятельности (театры, школы-студии, музыкальные учреждения, творческие мастерские);
- предоставление образовательных услуг группам граждан, имеющим ограниченный доступ к образовательным услугам;
- содействие вовлечению в социально активную деятельность социально незащищенных групп граждан (инвалиды, сироты, выпускники детских домов, пожилые люди, люди, страдающие наркоманией и алкоголизмом);
- выпуск периодических печатных изданий, а также книжной продукции, связанной с образованием, наукой и культурой.

Максимальный размер субсидии федерального бюджета составлял в 2012 году 0,6 млн. рублей на одного субъекта социального предпринимательства - получателя поддержки, обеспечившего софинансирование расходов в размере не менее 15% от суммы получаемой субсидии.

Таким образом, в 2012 году государство проявило интерес к социальному предпринимательству как социально ответственной деятельности субъектов малого предпринимательства, направленной на решение социальных проблем.

В 2013 году Минэкономразвития России издал Приказ №220 от 24.04.2013 года «Об организации проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2013 году предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации»² (далее – приказ №220). Появилась новая организационная форма поддержки малого и среднего предпринимательства – Центр инноваций социальной сферы – структурное подразделение юридического лица или самостоятельное юридическое лицо, которые относятся к инфраструктуре поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, одним из учредителей которых является субъект Российской Федерации или муниципальное образование. Максимальный размер субсидии федерального бюджета составлял 5,0 млн. рублей на создание и (или) обеспечение деятельности одного Центра инноваций социальной сферы. В приказе №220 понятие социального предпринимательства, ранее сформулированное в приказе №223, упоминается неоднократно, наряду с понятием социально ориентированных предпринимателей.

Центры инноваций социальной сферы (ЦИСС) созданы сегодня в ряде регионов России. Первая такая структура начала свою работу в Омске в июле 2012 года, сегодня насчитывается 16 таких центров. Региональные ЦИССы – это открытые площадки для взаимодействия социальных предпринимателей, представителей крупного бизнеса и местных государственных органов. ЦИССы – это новый уровень поддержки социальных проектов и инициатив, открытый доступ к единой базе проектов, готовых к масштабному тиражированию. Большую роль в содействии созданию ЦИСС сыграла компания РУСАЛ – крупнейший в мире производитель алюминия. ЦИССы, создаваемые концерном РУСАЛ в партнерстве с Агентством стратегических инициатив (АСИ), ориентированы на оказание помощи социально активным гражданам. Инновационные центры предоставляют образовательные услуги и консультации по различным вопросам, а также оказывают практическую помощь начинаю-

щим предпринимателям. В школах социальных предпринимателей, возникающих на базе центров, можно выбрать определенную бизнес-модель и получить знания по ведению экономической деятельности на ее основе. В частности, на заседании наблюдательного совета АСИ, прошедшем 14 ноября 2013 года под председательством президента России Владимира Путина, опыт создания межрегиональной сети ЦИСС одобрен как лучшая региональная практика³.

Таким образом, формируется практика развития отношений социального предпринимательства, при этом единство понимания такого явления как социальное предпринимательство в России, отсутствует. Ввиду неполной юридической ясности самого термина «социальное предпринимательство», его многозначности, понимания по-разному представителями различных сфер деятельности⁴, и возникают проблемы в правовом регулировании.

Правовая унификация – это осуществляемый правотворческими органами процесс, направленный на обеспечение единообразного правового регулирования сходных (однородных) либо совпадающих (тождественных) общественных отношений в ходе создания или совершенствования нормативно-правовых предписаний или их элементов⁵.

По нашему мнению, прием правовой унификации следует применить для совершенствования правового регулирования отношений социального предпринимательства.

¹ *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2012 году предоставляются субсидии для финансирования мероприятий, осуществляемых в рамках оказания государственной поддержки малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации: приказ Минэкономразвития России от 23.04.2012 №223 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *Об организации* проведения конкурсного отбора субъектов Российской Федерации, бюджетам которых в 2013 году предоставляются субсидии из федерального бюджета на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства субъектами Российской Федерации: приказ Минэкономразвития России от 24.04.2013 №220 (ред. от 16.05.2013) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ http://www.nb-forum.ru/social/social_investing/rusal-infrastukturnii-podhod.html#ixzz32FtJMyf0

⁴ *Барков А.В.* Творческое развитие идеи А.Г. Быкова о социальном предназначении предпринимательства в концепции правового регулирования рынка социальных услуг // *Предпринимательское право*. 2013. №3. С. 9–13; *Лескова Ю.Г.* Саморегулируемая организация как правовая модель внедрения и развития социального предпринимательства // *Юрист*. 2013. №11. С. 13–17; *Смирнова Л.Е.* Унификация в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2006. 203 с.

⁵ *Смирнова Л.Е.* Унификация в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2006. 203 с.

Т.В. Соловьева

Саратовская государственная юридическая академия, г. Саратов

ПРАКТИКА ЕСПЧ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Относительно недавно (2010 г.) установление Европейским судом по правам человека нарушений норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) было включено в перечень новых обстоятельств для пересмотра судебного постановления суда РФ, вступившего в законную силу (п. 4 ч. 4 ст. 392 ГПК РФ).

Однако стоит отметить, что включение п. 4 в ч. 4 ст. 392 ГПК РФ повлекло принятие Пленумом Верховного суда РФ постановления от 27 июня 2013 г. №21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» для разъяснения порядка применения данного законодательного предписания. Это постановление, по нашему мнению, усложнило процесс реализации постановлений Европейского Суда по правам человека, поскольку закрепило перечень условий, соблюдение которых необходимо для пересмотра по существу судебного постановления, вступившего в законную силу. К таким условиям были отнесены:

1. Длительный характер неблагоприятных последствий, которые заявитель продолжает испытывать в результате вынесенного судебного постановления национальным судом. Данное условие реализации постановления Европейского Суда по правам человека было введено постановлением Пленума Верховного Суда РФ 27.06.2013 №21. Суть этого условия заключается в особом характере нарушения норм Конвенции, а именно последствия, которые возникли после такого нарушения

должны оказывать негативное влияние на заинтересованное лицо на протяжении длительного периода времени. Отметим, что понятие «длющийся характер» не определено в законодательстве РФ, нет и сроков, по которым можно было бы говорить о длительном характере неблагоприятных последствий, т.е. определение того, являются ли неблагоприятные последствия длющимися или не являются таковыми, остается на усмотрение судьи.

2. Невозможность восстановления положения, существовавшего до нарушения посредством выплаты назначенной компенсации (п. 17 постановления Пленума Верховного суда РФ 27.06.2013 №21). В данном случае необходимо учитывать, что денежная компенсация выступает одной из мер, направленных на восстановление нарушенных прав. Общеизвестно, что постановление Европейского суда по правам человека содержит три вида мер, а именно общего и индивидуального характера, денежную компенсацию. Возможность получения справедливой компенсации установлена ст. 41 Конвенции, которая закрепляет право каждого лица, считающего нарушенными свои права или обязанности, предъявить требование о возмещении материального или морального вреда. В свою очередь, меры индивидуального характера имеют цель – восстановление положения, существовавшего до нарушения норм Конвенции (*restitutio in integrum*). В сфере гражданского судопроизводства наиболее распространенной мерой индивидуального характера является пересмотр дела по существу на основании вынесенного Европейским судом по правам человека постановления. Иными словами, заинтересованному лицу следует обосновать необходимость пересмотра судебного постановления в целях восстановления нарушенных прав.

3. Противоречие национального судебного постановления нормам Конвенции по существу (п. 17 постановления Пленума Верховного суда РФ 27.06.2013 №21). Суть данного условия в постановлении не раскрывается, однако позволим себе предположить, что противоречие судебного постановления нормам Конвенции по существу означает принятие его с неправильным применением норм материального права либо недостаточным обоснованием выводов суда, в результате которых произошло искажение действительных обстоятельств дела и участники гражданских процессуальных правоотношений испытывают неблагоприятные последствия. Поскольку все законодательство РФ в целом соответствует нормам Конвенции, то говорить о противоречии итогового постановления суда РФ нормам Конвенции можно в случае, если такое решение принято с нарушением норм и российского законодательства. В гражданском судопроизводстве РФ неправильным применением норм материального права следует считать неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона (ч. 2 ст. 330 ГПК РФ). В свою очередь, недостаточность обоснования выводов суда будет связана с неправильным определением обстоятельств, имеющих значение для дела; недоказанностью обстоятельств; несоответствием выводов суда обстоятельствам дела (ч. 1 ст. 330 ГПК РФ). Думается, перечисленные нарушения должны иметь место при обосновании необходимости пересмотра судебного постановления на основании постановления Европейского суда по правам человека.

4. Нарушение норм процессуального характера оказывает влияние на законность и обоснованность решения в целом (п. 17 постановления Пленума Верховного суда РФ 27.06.2013 №21). Данное условие, по нашему мнению, аналогично основанию для отмены судебного постановления в апелляционном порядке, закрепленному в ч. 4 ст. 330 ГПК РФ, а именно рассмотрение дела в незаконном составе суда, отсутствие в деле протокола судебного заседания, нарушение правил языка судопроизводства и пр. Перечисленные процессуальные правила закреплены в Конституции РФ и детально регламентированы в ГПК РФ. Кроме того, на международном уровне процессуальные правила судопроизводства закреплены в ст. 6 Конвенции, где указано, что каждый имеет право на справедливое и публичное судебное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным и действующим на основании закона. Конвенция в общем определяет процессуальный порядок судопроизводства, а национальные законодательные акты содержат детальную регламентацию.

5. Обязательность установления причинно-следственной связи между нарушениями Конвенции и неблагоприятными последствиями, которые испытывает заинтересованное лицо (п. 17 постановления Пленума Верховного суда РФ 27.06.2013 №21). Указанное условие выступает в качестве основного требования для пересмотра судебного постановления, поскольку, если условия, названные в пп. 2–5 хоть и имеются, но не связаны с неблагоприятными последствиями как «причина–следствие», то в пересмотре судебного постановления может быть отказано. Иными словами, заинтересованное лицо при подаче заявления о пересмотре судебного постановления на основании решения Европейского суда по правам человека должно доказать, что неблагоприятные последствия, которые

оно продолжает испытывать, вызваны принятием национального судебного решения с нарушением норм Конвенции.

Введение перечисленных условий в судебную практику по порядку пересмотра судебных постановлений по новым обстоятельствам создает дополнительные трудности для заинтересованных лиц при реализации права на судебную защиту. В то же время данные условия свидетельствуют о предоставлении судьям судов общей юрисдикции определенной свободы усмотрения в вопросе обеспечения права на судебную защиту в порядке пересмотра судебного постановления по новым обстоятельствам.

Т.А. Спирина

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

КОНТРОЛИРУЮЩИЕ ДОЛЖНИКА ЛИЦА КАК СУБЪЕКТЫ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ДЕЛЕ О БАНКРОТСТВЕ

Понятие «контролирующие должника лица» является совершенно новым для российского законодательства, оно было включено в ст. 2 Федерального закона №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. (далее — Закон о банкротстве) сравнительно недавно – в 2009 году¹.

Причиной, по которой законодатель внес указанную категорию в Закон о банкротстве и ряд других законов, являются происходящие в мировой экономике процессы, повлекшие финансовый кризис и вызвавшие повышение нагрузки на институт несостоятельности. В связи с этим проблемы взыскания дебиторской задолженности стали как никогда актуальными, и законодатель предпринял попытку обеспечить формирование конкурсной массы и погашение требований кредиторов в ходе процедуры банкротства посредством привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности, что, в свою очередь, должно было повысить эффективность всей процедуры и увеличить размер погашенных требований кредиторов².

Внесенные изменения кардинальным образом изменили подход к субсидиарной ответственности по обязательствам должника, изменив ее основания, расширив круг субъектов ответственности (теперь это любые лица, определяющие действия должника, независимо от наличия формальной связи с ним), а также перераспределив бремя доказывания, что упростило процедуру привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности.

Однако единообразная практика применения данных норм к настоящему моменту еще не сложилась, их анализ в науке не произведен, что приводит к значительным трудностям в правоприменении.

Согласно ст. 2 Закона о банкротстве, контролирующее должника лицо – лицо, имеющее либо имевшее в течение менее чем два года до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом право давать обязательные для исполнения должником указания или возможность иным образом определять действия должника, в том числе путем принуждения руководителя или членов органов управления должника либо оказания определяющего влияния на руководителя или членов органов управления должника иным образом (в частности, контролирующим должника лицом могут быть признаны члены ликвидационной комиссии, лицо, которое в силу полномочия, основанного на доверенности, нормативном правовом акте, специального полномочия могло совершать сделки от имени должника, лицо, которое имело право распоряжаться пятьюдесятью и более процентами голосующих акций акционерного общества или более чем половиной долей уставного капитала общества с ограниченной (дополнительной) ответственностью, руководитель должника).

Практика применения обновленных норм Закона о банкротстве на данный момент еще весьма немногочисленна, однако, если обратиться к имеющимся судебным делам, можно заметить, что в основном в качестве контролирующих лиц пытаются привлечь к ответственности учредителей³, акционеров⁴, руководителя (в том числе бывшего)⁵, руководителя и акционера (или учредителя) в одном лице⁶, собственника имущества унитарного предприятия⁷.

Право на подачу заявления о привлечении к субсидиарной ответственности принадлежит арбитражному управляющему, которое может быть подано им в ходе конкурсного производства по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов.

Как указано в Законе о банкротстве и подтверждается сложившейся судебной практикой, право на обращение в суд с таким заявлением возникает у конкурсного управляющего после проведения ряда мероприятий конкурсного производства, в том числе инвентаризации имущества должника, формирования конкурсной массы, проведения оценки рыночной стоимости имущества должника и закрытия реестра требований кредиторов⁸.

Основаниями привлечения контролирующих лиц к субсидиарной ответственности, указанными в ст. 10 Закона о банкротстве, являются:

– нарушение обязанности по подаче заявления должника в арбитражный суд в случаях и в срок, которые установлены ст. 9 Закона о банкротстве;

– причинение вреда имущественным правам кредиторов в результате совершения этим лицом или в пользу этого лица либо одобрения этим лицом одной или нескольких сделок должника, включая подозрительные сделки и сделки с заинтересованностью;

– документы бухгалтерского учета и (или) отчетности, обязанность по ведению (составлению) и хранению которых установлена законодательством РФ, к моменту вынесения определения о введении наблюдения или принятия решения о признании должника банкротом отсутствуют или не содержат информацию об объектах, предусмотренных законодательством РФ, формирование которой является обязательным в соответствии с законодательством РФ, либо указанная информация искажена, в результате чего существенно затруднено проведение процедур, применяемых в деле о банкротстве, в том числе формирование и реализация конкурсной массы.

Каждое из рассмотренных оснований представляет собой самостоятельный состав правонарушения и требует доказывания определенной совокупности юридических фактов. По правилам ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса РФ, бремя доказывания юридического состава в каждом из перечисленных случаев, а также того факта, что лицо является контролирующим, возлагается на заявителя, обратившегося с требованием о привлечении лица к субсидиарной ответственности.

Анализ внесенных в законодательство изменений и имеющейся судебной практики позволяет сделать вывод, что правовое положение контролирующих лиц как субъектов субсидиарной ответственности в процессе банкротства в настоящий момент недостаточно четко определено. «В таких условиях даже те лица, которые фактически не определяли действия организации-банкрота, но имели на это право, вероятно, будут признаваться контролирующими, и им придется доказывать свою непричастность к неплатежеспособности должника, чтобы солидарно с иными лицами не нести ответственность за то, чего они не совершали»⁹.

Привлечение к ответственности иных, помимо основного должника, лиц должно иметь серьезные основания и применяться лишь в исключительных случаях. Каждый субъект должен четко осознавать, за что конкретно подлежит юридической ответственности, а при наметившейся тенденции опускать вопрос о противоправности деяния контролирующих лиц можно прийти к ситуации, в которой все учредители (участники), руководители и даже лица, формально не имеющие отношения к должнику, будут привлекаться в субсидиарном порядке по долгам юридического лица независимо от его организационно-правовой формы, что в перспективе может разрушить принцип ограниченной ответственности и свести на нет смысл конструкции юридического лица.

¹ *Федеральный закон от 28 апреля 2009 г. №73-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред. от 02.07.2013) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. №18, ч. 1, ст. 2153.*

² *Пояснительная записка «К проекту Федерального закона “О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций” и Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)”» [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

³ *Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 13 января 2014 г. №06АП-6123/2013 по делу №А16-25/2011 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁴ *Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 09 апреля 2014 г. по делу №А74-3428/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁵ *Постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 апреля 2014 г. по делу №А68-11947/2012 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 12 мая 2014 г. по делу №А45-214/2011 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁶ *Постановление ФАС Дальневосточного округа от 6 апреля 2012 г. №Ф03-1209/2012 по делу №А73-2609/2011 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁷ *Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 25 февраля 2014 г. по делу №А79-23/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

⁸ *Постановление ФАС Поволжского округа от 10 апреля 2014 г. по делу №А12-1659/2009 [Электронный ре-*

сурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; *Постановление* ФАС Уральского округа от 30 июня 2014 г. №Ф09-2982/14 по делу №А76-19410/2010 [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ *Соколов П.* Ответственность контролирующих лиц организации-должника при банкротстве // *Корпоративный юрист.* 2010. №11. С. 14–19.

Н.В. Сыропятова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ДОГОВОРА СЧЕТА ЭСКРОУ В РФ

С 1 июля 2014 г. вступили в силу изменения в ч. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²). Изменения затронули Главу 45 ГК РФ (Банковский счет). Она была дополнена рядом статей. Часть из них посвящена новому для российского законодательства договору счета эскроу. Согласно ст. 860.7 ГК РФ по договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от владельца счета (депонента) в целях их передачи другому лицу (бенефициару) при возникновении оснований, предусмотренных договором между банком, депонентом и бенефициаром.

Развитие и усложнение экономических, правовых отношений, в том числе с участием иностранных контрагентов, необходимость обеспечения исполнения обязательств обусловили особый интерес к институту эскроу. На стадии разработки Проекта ГК РФ³ включение договора счета эскроу вызывало ряд вопросов.

Действующее на тот момент законодательство не предусматривало возможность существования таких счетов. В частности, это было связано с наличием норм, закрепляющих право владельца счета, по общему правилу, свободно (без ограничения) распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете, в любое время закрывать банковский счет, а также норм, согласно которым невозможно было соглашением сторон предусмотреть очередность списания денежных средств со счета и т.д. Определенные сложности были связаны и с институтом банковской тайны. Отсутствие правового регулирования в России счетов эскроу и в то же время стремление участников гражданских правоотношений использовать эффективно применяющийся на практике за рубежом способ обеспечения исполнения обязательств через счета эскроу влекли за собой использование на практике схожих правовых конструкций. Однако при указанных выше ограничениях судебная практика неоднозначно складывалась по поводу таких договорных конструкций (направленных на обеспечение исполнения обязательств) и их действительности. Для введения счета эскроу в гражданский оборот необходимо было пересмотреть ряд положений ГК РФ, регулирующих договор банковского счета.

Дискуссионным являлся вопрос о месте договора счета эскроу в системе российского права. Согласно Проекту ГК РФ предлагалось дополнить главу 45 новыми видами банковских счетов, ряд которых не был известен до этого российскому законодательству. Одним из них являлся счет эскроу. Статья 860 Проекта ГК РФ содержала исчерпывающий перечень отдельных видов банковских счетов, однако в ней не был указан счет эскроу. В то же время параграф 4 Проекта ГК РФ был посвящен данному виду счета. Возможно, это являлось технической ошибкой, поскольку счет эскроу имел самостоятельное регулирование.

ГК РФ не устанавливал классификацию счетов, называя их общим термином «банковские счета», которые открываются клиенту на основании договора банковского счета. Регулирование видов банковских счетов в основном осуществлялось нормативными правовыми актами Центрального банка РФ и иными подзаконными актами. На практике деление счетов на виды осуществлялось в зависимости от субъектного состава на стороне клиента и цели, которую преследует клиент по договору банковского счета. Действующая ранее Инструкция ЦБ РФ № 28-И от 14.09.2006 «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам)»⁴ устанавливала следующие виды банковских счетов: текущий счет, расчетный счет, бюджетный счет, корреспондентский счет, корреспондентский субсчет, счет доверительного управления, специальный банковский счет, депозитный счет суда, подразделения службы судебных приставов, правоохранительных органов, нотариуса. Все вышеназванные виды счетов открывались клиенту на основании договора банковского счета. Проект изменений в ГК РФ, по сути, предложил иную классификацию банковских счетов: собственно бан-

ковские счета, на регулирование которых распространяются общие нормы о банковском счете (к ним следует отнести текущий счет, расчетный счет, бюджетный счет, специальный банковский счет), и отдельные виды банковских счетов (совместный счет, номинальный счет, накопительный счет создаваемого юридического лица, публичный депозитный счет, корреспондентский счет, карточный счет), которые регулируются самостоятельными нормами ГК РФ (при этом к регулированию отдельных видов банковских счетов применяются общие положения о банковском счете, если правилами об этих видах счетов не предусмотрено иное).

Изменения, внесенные в Главу 45 ГК РФ 01.07.2014, существенно отличаются от редакции, содержащейся в Проекте ГК РФ. На сегодняшний день так и не включен перечень видов банковских счетов и не отражена их система. Виды счетов вновь содержатся во вступившей в силу с 01.07.2014. Инструкции Банка России от 30.05.2014 № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов»⁵, которая заменила Инструкцию ЦБ РФ № 28-И от 14.09.2006. Согласно п. 2.1. Инструкции № 153-И банки открывают в валюте РФ и иностранных валютах: текущие счета; расчетные счета; бюджетные счета; корреспондентские счета; корреспондентские субсчета; счета доверительного управления; специальные банковские счета; депозитные счета судов, подразделений службы судебных приставов, правоохранительных органов, нотариусов; счета по вкладам (депозитам). Пункт 2.8 Инструкции относит счет эскроу к специальным банковским счетам.

Спорным остается вопрос, является ли счет эскроу самостоятельным видом банковских счетов. Как уже было отмечено, Проект ГК РФ рассматривает счет эскроу как самостоятельный вид счета. Аналогичная позиция содержится в действующей редакции ГК РФ и Инструкции ЦБ РФ № 153-И. Таким образом, можно сделать вывод, что законодатель рассматривает счет эскроу в качестве самостоятельного вида банковских счетов. Существует и иная точка зрения. Так, по мнению д.ю.н. профессора Л.Ефимовой, юридической целью любого договора банковского счета всегда должна быть обеспеченная владельцу счета возможность совершать расчетные и кассовые операции. Поэтому когда такая возможность для депонента – владельца счета эскроу даже не предполагается, обоснован вывод, что счет эскроу не является банковским счетом⁶.

Институт счета эскроу заимствован из англосаксонской правовой системы. Однако его правовое регулирование в ГК РФ на сегодняшний день существенно отличается от мировой практики. Проект ГК РФ предусматривал, что по договору счета эскроу банк, выступающий эскроу-агентом по договору условного депонирования (ст. 926.1), открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных от депонента (владельца счета) и подлежащих перечислению бенефициару при возникновении оснований, предусмотренных договором условного депонирования. То есть использование счета эскроу предполагалось при заключении договора условного депонирования. В настоящее время нормы, посвященные данному договору, в силу не вступили, в связи с чем и определение договора счета эскроу отличается от содержащегося в Проекте ГК РФ. Отсутствует указание на договор условного депонирования при открытии счета эскроу. Сомнения в связи с этим вызывает упоминание в ст. 860.7 ГК РФ договора условного депонирования. Отсутствие правового регулирования данного договора существенно ограничивает институт эскроу в России. Так, например, за рубежом эскроу-агентом может быть не только банк, но и иные субъекты. Проект ГК РФ также допускал возможность выступать в качестве эскроу-агента нотариусам, профессиональным участникам рынка ценных бумаг, страховым организациям и иным лицам. Согласно действующей редакции ГК РФ эскроу-агентом может быть только банк. Представляется обоснованным ограничение круга эскроу-агентов, так как для России договор счета эскроу является новым, правовой статус эскроу-агентов регламентирован недостаточно, в связи с чем могли возникнуть проблемы с надежностью, добросовестностью лиц, выступающих эскроу-агентами, а также их ответственностью. Проект ГК РФ не предусматривал четких требований к данным субъектам, в том числе не было предусмотрено лицензирование, которое существует во многих зарубежных странах с целью обеспечения надежности и добросовестности деятельности эскроу-агента.

В качестве объекта депонирования согласно Проекту ГК РФ могут выступать вещи (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги. В ГК РФ речь идет лишь о денежных средствах. Связано это также с тем, что вступило в силу лишь правовое регулирование договора счета эскроу, а не в целом института эскроу.

Подводя итог, стоит отметить, что изменения, внесенные в Главу 45 ГК РФ, носят существенный характер. Появилось долгожданное правовое регулирование договора счета эскроу. Данные сче-

та имеют важное значение для современного гражданского оборота, так как они, помимо расчетной, обладают также обеспечительной функцией.

¹ *Гражданский кодекс РФ (часть вторая): ФЗ от 26.01.1996 №14-ФЗ (ред. от 28.12.2013) // Собрание законодательства РФ. 29.01.1996. №5, ст. 410.*

² *О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ: ФЗ от 21.12.2013 №379-ФЗ // Российская газета. 25.12.2013. №291.*

³ *Проект Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» (принят ГД в первом чтении Постановлением Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 27.04.2012 №314-6 ГД «О проекте федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ, а также в отдельные законодательные акты РФ» // Собрание законодательства РФ. 07.05.2012. №19, ст.2314).*

⁴ *Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам): Инструкция Банка России от 14.09.2006 №28-И (Зарегистрировано в Минюсте РФ 18.10.2006 №8388)// Вестник Банка России. 25.10.2006. №57. (Инструкцией Банка России от 30.05.2014 №153-И признана утратившей силу с 01.07.2014).*

⁵ *Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов: Инструкции Банка России от 30.05.2014 №153-И (Зарегистрировано в Минюсте России 19.06.2014 №32813) // Вестник Банка России. 26.06.2014. №60.*

⁶ *Ефимова Л. Проблемы правового регулирования безналичных расчетов и электронных расчетов в Положении Банка России «О правилах осуществления перевода денежных средств»//Хозяйство и право. 2012. №12(431). С. 34.*

Р.В. Чикулаев

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОБОРОТЕ ЦЕННЫХ БУМАГ

Современная геополитическая ситуация подтвердила тезис о том, что национальные принципы построения механизма правового регулирования финансового рынка и сферы оборота ценных бумаг должны быть приоритетными по отношению к западным образцам, даже если в 1990-х годах такие образцы были взяты за основу российских правовых актов. Как справедливо замечает О. А. Кузнецова, именно такие факторы как «изменение экономики, интенсивное развитие гражданского оборота, ... обновление общественных отношений обусловили необходимость активного совершенствования и реформирования всего массива гражданско-правовых норм в России»¹.

Несмотря на финансовые кризисы, которые являются нормальным явлением экономического развития, сфера оборота ценных бумаг (сейчас не вполне обоснованно называемая «рынком ценных бумаг») привлекает пристальное внимание правоведов. Споры с участием владельцев ценных бумаг, субъектов их оборота, государственных органов часто становятся предметом судебного разбирательства, не следует забывать и о каждодневной «внесудебной» практике применения законодательства. Однако единых подходов по целому ряду отношений пока не выработано, юридическая практика не является устойчивой. В то же время законодательство чрезвычайно динамично: принимаются новые акты, отменяются прежние, вносятся изменения в действующие. В таких условиях невозможно выработать готовые «рецепты», но можно определить пути, направления, принципы, инструменты более эффективного регулирования оборота ценных бумаг. Главными научными задачами видятся: определить сферу, в которой возникают отношения, выявить круг их участников, дать им характеристику, предложить правовые конструкции межсубъектных отношений. Отдельный научный вопрос – генезис отношений по поводу оборота ценных, которые сформировались в России под влиянием основных факторов: 1) материальные, 2) социальные, 3) интегративные. Развитие законодательства было стадийным и дискретным (прерывалось во времени). Сегодня можно говорить о переходе к качественно новой стадии развития, основанной на сугубо национальных принципах.

Необходима определенность в понятийном аппарате. Широко используемое в юридическом значении понятие «рынок ценных бумаг», отраженное в названии базовых законов², является изначально ошибочным. Право не может регулировать рынок в принципе, поэтому необходимо определить иной предмет регулирования – им предлагается считать «оборот ценных бумаг» как сложную совокупность отношений по поводу главных элементов «жизненного цикла» ценной бумаги: ее по-

рождения (оригинация), перехода от одних владельцев к другим и воздействия иных юридических фактов (ротация), прекращения исполнения своей юридической роли (мортификация). Сама ценная бумага, как сложный феномен, также пока не получила своего полного объяснения в юридической науке и практике. Так Постановлением №5-П Конституционного Суда Российской Федерации от 10 апр. 2003 г. ценная бумага была конституирована в большей степени как вещь, что соответствовало более раннему пониманию ценной бумаги³. А после разработки Концепции развития гражданского законодательства и принятия соответствующих изменений в ГК РФ наибольшая часть обращающихся в России ценных бумаг (бездокументарных) радикально изменила свою сущность, «превратившись» в обязательственные и иные права⁴. Становится понятным, что необходима иная правовая дефиниция ценной бумаги, основанная на ее обязательно-правовом понимании, что позволяет закрепить ее в законодательстве и сделать универсальной, преодолеть пробелы в правовом понимании ценной бумаги как объекта прав, упорядочить деятельность субъектов отношений.

В силу многих причин субъектный состав отношений ранее не был предметом комплексных научных исследований, основное внимание всегда уделялось ценным бумагам как объекту прав и отдельным связанным с ними вопросам. Вместе с тем без субъектов невозможны сами отношения, а эффективность и правомерность оборота ценных бумаг как среды прямо зависит от регламентации правового положения ее элементов-субъектов. Исходя из этого необходимо определение круга главных субъектов, их систематизация, что позволяет сформировать подходы к правовому положению каждого субъекта, охарактеризовать его юридическую конструкцию, предложить меры по ее усовершенствованию.

Совокупность субъектов может быть представлена как состоящая из двух больших классов: общие и функциональные. Класс общих субъектов представлен разнородными участниками, которые часто и ошибочно именуется «инвесторами». Такие субъекты выступают либо как потребители особых услуг финансового характера, связанных с ценными бумагами, либо как владельцы ценных бумаг как обычного имущества. Их состав широк, а роль в отношениях является пассивной, неопределяющей. Наибольшее внимания требуют функциональные субъекты, которые представлены двумя большими биполярными группами: с одной стороны, субъекты оригинации, с другой – субъекты ротации ценных бумаг.

Есть основания обосновать единый правовой статус оригинатора как лица, порождающего ценную бумагу, независимо от ее вида. Все ценные бумаги правильнее подразделять на массовые (включая эмиссионные) и единичные. Правоспособность субъекта-оригинатора имеет особенности в процессах оригинации основных видов ценных бумаг: эмиссионных, массовых эмиссионноподобных (имеющих сходный режим), единичных (денежных и имущественных). Оригинация массовых бумаг всегда обладает характеристиками субъекта публичного закрепления оригинации, а его конкретно-оригинаторная функция модифицируема. Оригинация единичных ценных бумаг всегда испытывает влияние каузальности оригинации, что обуславливает его постоянные характеристики динамической праводеспособности, облигаторного состояния, юридической ответственности.

Субъекты, обеспечивающие оборот ценных бумаг, выступают центральными элементами всей системы отношений. До сих пор в законодательстве и доктрине превалирует довольно неудачный подход к выделению и обозначению субъектов по признаку так называемой «профессиональной деятельности на рынке ценных бумаг», что приводит к бессистемности функционирования старых и безосновательности порождения новых субъектов, иначе участвующих в обороте. В этих условиях важной является задача определения главных конституирующих принципов всех основных субъектов оборота, их систематизации и обоснования главных характеристик правового статуса каждого субъекта. Можно выделить основные субъекты, которые предлагается именовать «специализированными участниками оборота ценных бумаг». Основным критерием их юридической функциональной роли служит категория правоактивности, которую нужно выделять из категории правоспособности в силу некоторой неопределенности последней. Это дает возможность систематизировать субъектов по принципу их правоактивности (обобщенная и специфическая), легальной необходимости (обязательные и факультативные), характера деятельности (операционные, сервисные, вспомогательные). При этом выявляются лишние и случайные субъекты, есть основания для объединения разных субъектов в рамках единого оператора оборота ценных бумаг («финансовой компании») и единого учетного звена («учетного депозитария»).

Высокая динамичность, изменчивость законодательства о ценных бумагах, имеет негативные стороны: хаотичность и бессистемность. Решение проблемы видится в серьезной модернизации системы базовых нормативных актов о ценных бумагах и финансовых рынках, в том числе – путем принятия системообразующего федерального закона «Об обороте ценных бумаг», состоящего из ос-

новых разделов: 1. Основные понятия. 2. Ценные бумаги. 2. Организация оборота ценных бумаг (2.1. Оригинация ценных бумаг. 2.2. Ротация ценных бумаг). 3. Деятельность специализированных субъектов оборота ценных бумаг (3.1. Операционные субъекты. 3.2. Сервисные субъекты. 3.3. Вспомогательные субъекты). 4. Государственное регулирование и контроль в сфере оборота ценных бумаг (4.1. Лицензирование и саморегулирование. 4.2. Профессиональная аттестация. 4.3. Ответственность субъектов оборота ценных бумаг). Принятие обновленных законодательных актов об обороте ценных бумаг видится одной из главных перспективных задач модернизации отечественного гражданского и предпринимательского законодательства.

¹ Кузнецова О. А. Специализированные нормы российского гражданского права: теоретические проблемы: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 3.

² *О рынке ценных бумаг*: Федеральный закон от 22 апр. 1996 г. №39-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. №17, ст. 1918; *О защите* прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг: Федеральный закон от 5 мар. 1999 г. №46-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации 1999. №28, ст. 3472; *Федеральный закон* от 23 июня 1999 г. №117-ФЗ; *О защите* конкуренции на рынке финансовых услуг // Собр. законодательства Рос. Федерации, 1999. №26, ст. 3174.

³ *Постановление* №5-П Конституционного Суда Российской Федерации от 10 апр. 2003 г. [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *Концепция* развития гражданского законодательства от 07 окт. 2009 г. // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2009. №11; *О внесении* изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Федеральный закон от 02 июля 2013 г. // Рос. газета. 2013. 5 июня.

V. ТРУДОВОЕ ПРАВО И ПРАВО СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Н.В. Антипьева

Конституционный Суд Российской Федерации, г. Санкт-Петербург

ЕДИНСТВО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ПРАВЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

При анализе единства правового регулирования в праве социального обеспечения необходимо обратиться к положениям Конституции Российской Федерации, в ч. 1 ст. 39, закрепляющей, что каждому гарантируется социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом. Именно приведенное положение является предпосылкой единства названной отрасли права, первый аспект которого, выраженный наиболее кратко, заключается в том, что любое лицо, нуждающееся в получении мер социального обеспечения, вправе обратиться за их предоставлением, осуществляемым на общих условиях для всех граждан, находящихся в социально-рисковой ситуации.

В этом смысле единство правового регулирования обусловлено провозглашенной Конституцией Российской Федерации всеобщностью социального обеспечения. Анализируя вопрос о разграничении указанных категорий, В.С. Аракчеев констатирует, что всеобщность «характеризует равную для всех граждан возможность быть субъектами социально-обеспечительных правоотношений, а принцип единства действует уже в рамках существующих правовых связей, т.е. распространяется на лиц, реализовавших эту возможность, и гарантирует им одинаковый подход в применении вида, меры и форм их обеспечения»¹. Таким образом, единство правового регулирования отношений по социальному обеспечению обуславливается также и конституционным принципом равенства.

Второй аспект единства правового регулирования в праве социального обеспечения выражается в том, что назначение гражданину любого социального предоставления возможно лишь при возникновении определенных социально-рисковых ситуаций. Основные из них также перечислены в ч. 1 ст. 39 Конституции Российской Федерации: это наступление определенного возраста, болезнь, инвалидность, потеря кормильца, воспитание детей. Однако этот перечень не является исчерпывающим и в силу конституционных положений может быть расширен законом.

Третий аспект единства правового регулирования социального обеспечения отражает специфику нормотворчества и предполагает общий подход к закреплению социальных предоставлений для граждан, оказавшихся в ситуации социального риска, предопределен ч. 2 ст. 39 Конституции Российской Федерации, где предусмотрено, что государственные пенсии и социальные пособия устанавливаются законом.

В практическом плане единство правового регулирования отношений по социальному обеспечению населения выражается в следующем. *Во-первых*, оно предполагает закрепление целого ряда общих видов социального обеспечения, являющихся основными и предоставляемых разным категориям граждан в рамках различных организационно-правовых форм социального обеспечения. К ним можно отнести пенсии, пособия и услуги (например, медицинские и социальные). *Во-вторых*, проявление единства в праве социального обеспечения выражается в наличии общих для разных организационно-правовых форм оснований и условий социального обеспечения. К числу общих оснований относятся, в частности, утрата трудоспособности (временная и постоянная), потеря кормильца, наличие заслуг перед Отечеством, необходимость получения медицинской помощи и т.д. Условиями социального обеспечения общего характера можно считать продолжительность стажа, иждивенство, степень родства. Отдельные юридические факты могут рассматриваться и как основание, и как условие социального обеспечения. Наиболее показательна с этой точки зрения постоянная нетрудоспособность, одновременно выступающая основанием назначения пенсии по инвалидности и условием предоставления пенсии по случаю потери кормильца. *В-третьих*, единство характеризуется общими правилами определения размеров различных видов социального обеспечения, которые могут исчисляться из заработка или устанавливаться в твердой сумме, либо предоставляться в равном для всех объеме, что характерно для услуг. *В-четвертых*, проявление единства в праве социального обеспечения предполагает применение в рамках данной отрасли системы минимальных стандартов, к которым можно отнести прожиточный минимум и социальную пенсию.

Многие правовые нормы, обеспечивающие единство правового регулирования отношений по социальному обеспечению граждан, входят в состав общей части права социального обеспечения². Особое значение в этом смысле имеют так называемые исходные правовые нормы³.

Наиболее распространенными среди них выступают нормы-дефиниции. В последние годы большинство законодательных актов, регулирующих отношения по социальному обеспечению граждан, включают в себя раздел, посвященный основным используемым в них понятиям, что значительно облегчает правоприменительную деятельность и упорядочивает нормотворчество. Соответствующие положения есть в законодательстве о социальном обслуживании населения, а также в законодательстве об охране здоровья граждан. Полным и развернутым является понятийный аппарат законодательства об обязательном социальном страховании. Представляется необходимым упомянуть и о тех законах, которые собственного понятийного аппарата не содержат. Многие из этих правовых актов регулируют отношения по государственному социальному обеспечению. Данная особенность зачастую объясняется тем, что в таких законодательных актах используется устоявшаяся терминология, которая определена иными законами. Это вполне оправданно и позволяет обеспечить единый подход к правовому регулированию схожих общественных отношений. Однако не всегда устоявшейся терминологии бывает достаточно, а потому пробелы среди норм-дефиниций в законодательстве о социальном обеспечении населения требуют восполнения.

Следующая группа исходных норм – это нормы-принципы, которые также наиболее широко представлены в законодательстве об обязательном социальном страховании. Кроме того, выделяются и целеустановочные нормы, понимаемые М.И. Байтиным как «установления, определяющие, во-первых, глобальные цели, стоящие перед обществом, государством в лице его органов и должностных лиц, общественными объединениями, гражданами, во-вторых, назначение, цели и задачи отдельных отраслей права и правовых институтов, участников (субъектов) регулируемых отношений, формы и средства правового регулирования»⁴. Целеустановочные нормы могут содержаться и в преамбуле (что характерно, например, для Федерального закона от 17 июля 1999 г. «О государственной социальной помощи»⁵), и в тексте законодательного акта (как в ст. 1 Закона РФ от 15 мая 1991 года «О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС»⁶) о социальном обеспечении граждан.

Основываясь на сказанном, единство правового регулирования отношений по социальному обеспечению населения можно рассматривать как процесс принятия и реализации правовых (в первую очередь, законодательных) норм, направленных на осуществление общего подхода к предупреждению и компенсации социальных рисков посредством установления исходных норм (норм-дефиниций и т.д.) и использования однородных видов социального обеспечения, оснований и условий их предоставления, а также правил определения их размера (объема) с учетом принятой в государстве системы минимальных социальных стандартов.

¹ Аракчеев В.С. Теоретические и практические вопросы общей части права социального обеспечения. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2001. С. 88.

² См. об этом, например: Астраханцева Е.В. Некоторые особенности правового регулирования труда и социального обеспечения работников здравоохранения: дис...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 45.

³ Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М.: ООО ИД «Право и государство», 2005. С. 241.

⁴ Байтин М.И. Указ. соч. С. 243.

⁵ СЗ РФ. 1999. №29, ст. 3699.

⁶ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР. 1991. №21, ст. 699.

Н.И. Гонцов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ВОПРОСУ О ПОНИМАНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

В специальной юридической литературе общепризнанным считается положение о том, что термин «трудовой договор» имеет различные значения и он понимается как: институт трудового права; отдельный вид договора; юридический факт; особый документ; источник трудового права. Законодатель сводит понимание трудового договора, главным образом, к его трактовке как документа,

который оформляют стороны при поступлении на работу, о чем свидетельствует, по крайней мере, ст. 57 Трудового кодекса Российской Федерации. Такой подход справедливо расценивается специалистами как недостаточный и формализованный. Чтобы попытаться глубже взглянуть на указанную проблему, рассмотрим ее с точки зрения философских категорий сущность и явление, а также содержание и форма (тем более, что кодекс использует термины содержание и форма).

Сущность понимается в философии как главная, определяющая характеристика той или иной действительности, ее основное внутреннее свойство, которое не лежит на поверхности, оно скрыто и его невозможно обнаружить путем простого наблюдения. Явление же, напротив, есть нечто внешнее, которое можно исследовать эмпирически. Сущность и явление находятся в единстве и сущность как внутреннее проявляется в явлении как внешнем, поэтому через анализ явления раскрывается и сущность.

Сущность трудового договора, как особого вида договора, состоит в том, что он есть результат свободного волеизъявления работника и работодателя о выполнении определенной трудовой функции. Это волеизъявление проявляется в соглашении сторон, которое выступает в качестве явления трудового договора и по этому соглашению можно судить о наличии свободного волеизъявления, т.е. о сущности трудового договора. Но между сущностью и явлением может возникать и противоречие, когда явление не отражает сущность, а искажает ее, и в этом случае явление превращается в видимость, которая не является отражением сущности, а маскирует ее. Это касается, например, той ситуации, когда соглашение между субъектами достигнуто, но он является результатом не свободного волеизъявления, а давления со стороны работодателя, каких-то внешних факторов и т.п., которые заставляют работника согласиться на соответствующие условия. Поэтому в данном случае свобода, по крайней мере, в отношении работника нарушена, с связи с чем трудового договора в его истинном понимании нет, соглашение сторон носит формальный характер и маскирует, по сути дела, принудительный труд, исключая договорные отношения.

Но определение сущности трудового договора, как самостоятельного вида договора, недостаточно для полной его характеристики, необходимо выявить его содержание. Содержание понимается как система внутренних признаков, которые делают данное явление именно таковым и отличают его от других явлений действительности. Поэтому в качестве содержания трудового договора, именно как особого договора, необходимо рассматривать те его характеристики, которые ограничивают его от других договорных актов – гражданско-правовых, административных и т.п. В качестве таковых выступает личное выполнение работником определенной трудовой функции, подчинение хозяйской власти работодателя и др. Поэтому ошибочно считать содержанием трудового договора те сведения и условия, которые обозначены в ст. 57 ТК РФ. Это не содержание трудового договора как такового, а содержание договора как особого документа, по сути дела, его письменной формы.

Содержание, как известно, должно облекаться в соответствующую форму, т.к. содержание без формы существовать не может, как и наоборот. Форма понимается как внешний способ существования содержания и форма определяется, прежде всего, содержанием, хотя обладает определенной самостоятельностью и воздействует на содержание. В философии выделяют внутреннюю и внешнюю форму. Внутренняя носит объективный характер и во многом обусловлена содержанием, тогда как внешняя более субъективна и произвольна.

Если применить эти положения к трудовому договору, то можно сказать, что внутренняя форма трудового договора есть фиксация тех его признаков, которые составляют его содержание и делают его именно таким договором, а не иным – подчинение работника правилам внутреннего трудового распорядка, выполнение определенной работы и т.п. В данном случае содержание и форма находятся в единстве, содержание требует соответствующего оформления, что и делается в виде законодательного закрепления объективно необходимых признаков трудового договора. Получив правовую фиксацию, т.е. форму, содержание окончательно формируется, превращается в сложившееся, устойчивое явление действительности.

Внешняя форма трудового договора образует особый документ с определенными реквизитами. Поэтому, как отмечалось, трудовой договор понимается и как документ, но это не сам договор, а его форма. И эта форма может быть достаточно подвижной, о чем свидетельствуют те изменения, которые происходят в фиксации реквизитов, предусмотренных ст. 57 ТК РФ.

Форма трудового договора, или договор как документ превращается в относительно самостоятельное явление, которое, в свою очередь, также имеет содержание и форму. Содержанием договора в таком качестве и будет совокупность сведений и условий, закрепленных в ст. 57 ТК РФ. В качестве формы будет выступать письменная фиксация этих сведений и условий.

Поэтому, трудовой договор как особый вид договора, который имеет содержание и форму, определяемые его сущностью, нельзя отождествлять с договором как документом, выступающим лишь в качестве внешней формы существования самого трудового договора.

Л.С. Кириллова

Казанский (Приволжский) федеральный университет, г. Казань

ПРЕДЕЛЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРАВ СТОРОНАМИ ТРУДОВОГО ПРАВООТНОШЕНИЯ: ПОНЯТИЕ И ВИДЫ

Субъективное право «есть возможность субъекта действовать, но действовать в известных пределах (мера) и известным образом (вид)»¹. Мы можем говорить о существовании проблемы определения пределов осуществления субъективного права, решение которой «призвано сыграть активную роль в поисках наиболее эффективных средств противодействия фактам неправомерного использования прав, злоупотребления правами»².

Понятие пределов осуществления права раскрывается как в публично-правовых, так и частноправовых науках³. Их анализ показывает нам, что роль пределов сводится к установлению границ деятельности субъекта по практическому воплощению возможностей, предоставленных ему субъективным правом. Данные границы позволяют определить дозволенное и недозволенное поведение субъекта.

В чем выражаются пределы осуществления права в трудовом праве? Например, работник в целях самозащиты имеет возможность отказаться от выполнения работы, не предусмотренной трудовым договором (ст. 379 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ)⁴). Но он не просто прекращает исполнять свои должностные обязанности, предварительно извещает своего работодателя в письменной форме о своем намерении. Необходимость совершения уведомительных действий – это и есть требования, способствующие осуществлению работником своего права на самозащиту.

Пределы осуществления прав выполняют несколько важных взаимосвязанных функций:

1) устанавливают границы, в рамках которых управомоченное лицо может правомерно использовать предоставленные ему возможности. Если управомоченный субъект хочет осуществить свое субъективное право, он может выбрать только те способы, которые заложены в этом праве, и реализовать их в установленные сроки, используя дозволенные средства. Только при невыходе за эти границы мы можем вести речь о правомерном поведении;

2) гарантирует правоосуществление других субъектов;

3) служат средством согласования интересов сторон правоотношения.

Мы можем дать следующее определение пределов осуществления прав сторонами трудового правоотношения – это границы деятельности работника или работодателя по использованию предоставленных субъективным правом возможностей, а также предъявляемые к такой деятельности требования.

На наш взгляд, к видовой характеристике пределов осуществления субъективных прав можно подходить с позиции самого процесса осуществления права как правовой деятельности и, основываясь на ее содержании, выделять виды пределов правоосуществления.

Во-первых, право осуществляет управомоченный на то субъект, благодаря чему мы можем вести речь о существовании субъектного предела осуществления права, выражающегося в предъявляемых к управомоченному лицу требованиях.

Во-вторых, в трудовом праве зачастую одного желания субъекта осуществить свои возможности недостаточно. Должны наступить соответствующие основания правоосуществления, т.е. ситуация, при которой можно реализовать свои возможности или которые требуют этого. Например, работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор с работником по п. 1 части первой ст. 81 ТК РФ только в случае проводимой ликвидации организации; работник может требовать от работодателя предоставление отпуска без сохранения заработной платы, например, в случае регистрации брака и т.д. Такие основания мы назовем «внешним фоном», элементом юридического состава, влекущим возможность осуществления субъективного права.

В третьих, для осуществления трудовых прав предъявляются требования к процедуре, соблюдению сроков совершения правовых действий. Подобные пределы, предъявляющие требования к по-

ряду совершения действий по осуществлению трудовых прав, можно обозначить как пределы правовой формы. По своей сущности эти пределы не ограничивают, а предписывают то, как субъекту осуществить свои права для достижения правомерного результата.

В-четвертых, осуществление права всегда приведет к определенному результату, который будет являться еще одним пределом правоосуществления. Эти пределы могут сводиться к требованиям к содержанию заключенного индивидуального соглашения, правоприменительного акта и др.

Указанные выше пределы осуществления права мы относим к объективным пределам правоосуществления, т.е. устанавливаемым нормативными и иными правовыми актами требованиям к основаниям и порядку правоосуществления, нарушение которых чревато привлечением управомоченного субъекта к юридической ответственности.

Но «субъективное право не только указывает на принадлежность права субъекту, но и отражает тот факт, что принадлежащее субъекту право (как мера его возможного поведения) зависит в известных пределах от его воли и сознания, личного желания и усмотрения»⁵, поэтому помимо объективных мы выделяем субъективные пределы правоосуществления. Нарушение субъективных пределов, недобросовестное использование работником или работодателем своих прав может свидетельствовать о злоупотреблении правом.

¹ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Саратов, 1972. 249 с.

² Астрахань А.А. Гарантии и пределы осуществления конституционных прав и свобод советских граждан: автореф. ... канд. юрид. наук. М., 1986.

³ См., например: Астрахань А.А. Указ. соч.; Дерюгина Т.В. К вопросу о понятии пределов осуществления субъективных гражданских прав // Юрист-Правовед. 2012. №3(52). С. 59–63; Ивлиев Р.Ю. Пределы осуществления прав акционеров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 215 с.; Каплун Е.В. Осуществление работодателем субъективных прав: теоретические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2005. 204 с. и др.

⁴ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 дек. 2001 №197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. №1, ч. 1, ст. 3.

⁵ Матузов Н.И. Указ. соч. С. 19.

В.И. Корняков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМА ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА ИНТЕРЕСОВ РАБОТНИКОВ ПРИ БАНКРОТСТВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ

В последние десятилетия во многих наиболее экономически развитых странах прослеживаются тенденции к усилению гарантий работников при процедуре банкротства работодателя. Создаются специальные государственные и негосударственные организации, страхующие работников от банкротства работодателя. Подобные структуры получают финансирование либо исключительно за счет взносов работодателей (Австрия, Дания, Норвегия, Польша), либо совместно с государством и за счет взносов работодателей (Греция, Словения).

В РФ же учреждений и компаний, страхующих риски работников, связанные с банкротством работодателя, в настоящее время, к сожалению, не существует¹. Не существует и таких механизмов, как, например, в Республике Беларусь, где в ТК РБ предусмотрена обязанность работодателей создавать резервный фонд оплаты труда на случай несостоятельности (банкротства).

ФЗ РФ от 26 октября 2002г. № 127-ФЗ «О банкротстве» (далее – ФЗ «О банкротстве») предусматривает право представителей работников должника принимать участие без права голоса в первом собрании кредиторов при введении процедуры наблюдения (ст. 72). Их участие позволяет объективно оценивать сложившуюся ситуацию, выработать оптимальное решение по урегулированию спорных вопросов². Недостатком данной нормы, на мой взгляд, является то обстоятельство, что отсутствие этих представителей не является основанием для признания решения первого собрания кредиторов недействительным.

Действующее законодательство, по мнению С.Ю. Чучи, недостаточно четко регулирует отношения между работниками и работодателями по поводу предоставления последними информации, связанной с ликвидацией организаций. Например, п. 4 ст. 134 ФЗ «О банкротстве» предусматривает, что требования кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества должника, удовлетворяются за счет стоимости предмета залога преимущественно перед иными кредиторами, за исключением обязательств перед кредиторами первой и второй очереди, права

требования по которым возникли до заключения соответствующего договора залога. По моему мнению, информация о залоге имущества не может не затрагивать интересы работников, так как вероятность погашения задолженности по заработной плате при банкротстве организации значительно уменьшается. Обращая внимание на данное обстоятельство, С.Ю. Чуча отмечает, что исходя из ч. 2 ст. 53 ТК РФ информацию о залоге имущества работодатель предоставлять трудящимся не должен, первая же часть данной статьи обязывает его это делать³. Чтобы преодолеть эту коллизию, в законе целесообразно было бы закрепить право работников на получение соответствующей информации от работодателя, что может способствовать предупреждению возникновения трудовых конфликтов.

Следует отметить тот факт, что в самом ФЗ «О банкротстве» отсутствуют нормы, регулирующие процесс избрания представителя работников должника для участия в арбитражном процессе по делу о банкротстве. Следовательно, данный вопрос подлежит разрешению при помощи норм трудового права. Согласно ст. 29 ТК РФ⁴ представителями работников могут выступать профсоюзы и их объединения, иные профсоюзные организации, предусмотренные уставами общероссийских профсоюзов, или иные представители, избираемые работниками в случаях, предусмотренных ТК РФ. Однако на практике профсоюзы не участвуют в делах о банкротстве⁵.

Определенные трудности в представительстве работников предприятия-должника возникают в случаях, когда работниками не избран представитель. Обосновано полагать, что отдельный работник несостоятельной организации в подобной ситуации вправе обратиться в суд с заявлением о несогласии с размерами требований по оплате труда, определенными арбитражным управляющим. Такая позиция была высказана в юридической литературе С.Ю. Чучей до принятия нового ФЗ «О банкротстве» 2002 г. В обоснование своей позиции он сослался на постановление по конкретному делу ФАС Московского округа, рассматривавшего споры по искам отдельных работников⁶. После принятия ФЗ «О банкротстве» 2002г.⁷ это предложение сохраняет свою актуальность.

Заслуживает внимания и позиция Д.Р. Дубинского о том, что трудовой коллектив необходимо наделить полномочиями по обращению в арбитражный суд с требованием о признании работодателя банкротом⁸.

По мнению некоторых юристов, подобные пробелы в действующем законодательстве о банкротстве приводят к отсутствию надежного и гибкого механизма социальной защиты работников в связи с банкротством предприятия⁹. В связи с этим ученые полагают, что в современных условиях жизненно необходимым обстоятельством является ратификация Конвенции МОТ № 173 (1992 г.) «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»¹⁰, которая устанавливает гарантии защиты прав работников. На данный момент законодателем предусмотрены отдельные положения, касающиеся гарантий прав работника, однако детального и глубокого закрепления института представительства интересов работников при проведении мероприятий, предусмотренных Законом о банкротстве, в РФ нет. Думается, что внесение соответствующих новелл в действующее законодательство о банкротстве может способствовать повышению эффективности в защите интересов работников при несостоятельности (банкротстве) работодателя.

¹ См. об этом: *Люттов Н.Л.* Защита права работников на заработную плату в случае банкротства работодателя: несоответствие российского законодательства международным стандартам // *Трудовое право.* 2010. №1. С. 78.

² *Васильев В.А., Костромина Е.* Представительство трудовых прав работников при банкротстве организаций // *Кадровик. Трудовое право для кадровика.* 2010. №6. С. 3.

³ *Чуча С.Ю.* Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации: дис. ... докт. юрид. наук. Омск, 2004. С. 170.

⁴ *Трудовой кодекс Российской Федерации* от 30.12.2001 №197-ФЗ (ред. от 02.04.2014 с изм. от 04.06.2014, вступ. в силу с 13.04.2014) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ См. об этом напр.: *Афанасьева В., Хорунжая Л.В.* Анализ проблем правового регулирования трудовых отношений при банкротстве предприятий // *Юрист.* 2003. №9. С. 24.

⁶ *Чуча С.Ю.* Становление и перспектива развития социального партнерства в Российской Федерации // *Современные проблемы трудового права России: сб. статей.* Новосибирск, 2002. С. 58–65.

⁷ Федеральный закон от 26.10.2002 №127-ФЗ (ред. от 12.03.2014) «О несостоятельности (банкротстве)» [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ *Дубинский Д.Р.* Трудовые отношения и несостоятельность работодателя: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 57.

⁹ *Артемьев И.А., Бацын А.М.* Гарантии прав работников при несостоятельности (банкротстве) предприятия // *Правовые проблемы несостоятельности (банкротства)* / под ред. С.А. Карелиной. М., 2004. С. 71.

¹⁰ *Конвенция МОТ №173 «О защите требований трудящихся в случае неплатежеспособности предпринимателя»* от 23.06.1992 // *Собрание законодательства РФ.* №34. 26.08.2013. Ст. 4428.

О РОЛИ СУБЪЕКТОВ СОЦИАЛЬНОЙ ВЛАСТИ В СИСТЕМЕ СОЦИАЛЬНОГО ПАРТНЕРСТВА

Одним из субъектов социальной власти в индивидуальных трудовых отношениях, наряду с государством, органами местного самоуправления и работодателями выступают социальные партнеры (работники и работодатели в лице их представителей). Власть можно характеризовать как «способность и возможность оказывать воздействие на деятельность и поведение людей посредством воли, авторитета, права или насилия».

Социальная власть данных субъектов реализуется посредством правового воздействия, под которым следует понимать целенаправленный процесс формирования субъектом социальной власти в лице государства, индивидов и социальных групп должного поведения объекта в лице индивидов и их групп с точки зрения и в интересах субъекта путем принятия властных решений, облеченных в правовую форму, на основании институционального компонента, выраженного, прежде всего, в нормах права, и неинституционального компонента (принципов права, правовой культуры, правосознания). На современном этапе общественного развития оно выражается в регулировании трудовых отношений актами социального партнерства посредством коллективных договоров и соглашений. Власть этих субъектов носит правовой характер и выражается в установлении обязательств работников и работодателей в сфере оплаты труда, рабочего времени и времени отдыха, выплате пособий и компенсаций, иных вопросах.

Социальная власть обозначенных субъектов реализуется в рамках системы социального партнерства в сфере труда.

Социальное партнерство имеет ряд уровней: федеральный уровень, на котором устанавливаются основы регулирования отношений в сфере труда в Российской Федерации; межрегиональный уровень, на котором устанавливаются основы регулирования отношений в сфере труда в двух и более субъектах Российской Федерации; региональный уровень, на котором устанавливаются основы регулирования отношений в сфере труда в субъекте Российской Федерации; отраслевой уровень, на котором устанавливаются основы регулирования отношений в сфере труда в отрасли (отраслях); территориальный уровень, на котором устанавливаются основы регулирования отношений в сфере труда в муниципальном образовании; локальном уровне, на котором устанавливаются обязательства работников и работодателя в сфере труда.

На каждом из уровней законодательно предусмотрена деятельность органов социального партнерства – комиссий по регулированию социально-трудовых отношений. Статья 35 ТК РФ устанавливает, что на федеральном уровне образуется постоянно действующая Российская трехсторонняя комиссия по регулированию социально-трудовых отношений, деятельность которой осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 1 мая 1999 г. «О российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений». Членами Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений являются представители общероссийских объединений профсоюзов, общероссийских объединений работодателей, Правительства Российской Федерации. Аналогичные комиссии могут образовываться и на иных вышеназванных уровнях.

Федеральный закон в ст. 4 закрепляет одно из главных полномочий Комиссии принимать по согласованию с Правительством Российской Федерации участие в подготовке разрабатываемых им проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации в области социально-трудовых отношений, а по согласованию с комитетами и комиссиями палат Федерального Собрания Российской Федерации - в предварительном рассмотрении ими законопроектов и подготовке их к рассмотрению Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации.

В связи с этим следует, что важнейшим членом Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений выступает Правительство Российской Федерации. В силу ст. 115 Конституции РФ, Правительство РФ на основании и во исполнение Конституции Российской Федерации, федеральных законов, нормативных указов Президента Российской Федерации, обладая правом законодательной инициативы (в соответствии со ст. 104 Конституции РФ), издает постановления и распоряжения, обеспечивает их исполнение. Федеральный конституционный закон «О Пра-

вительстве Российской Федерации» от 17 декабря 1997 г. в ст. 16 определяет, что Правительство Российской Федерации «принимает меры по реализации трудовых прав граждан». В силу ст. 23 рассматриваемого Федерального конституционного закона, по данным вопросам издаются акты Правительства – постановления и распоряжения.

Таким образом, Правительство Российской Федерации является высшим органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление правотворческой деятельности по вопросам регулирования трудовых отношений, обладающим правом законодательной инициативы.

Представляется, что в системе социального партнерства в сфере труда и деятельности Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений существует примат полномочий государства (в лице Правительства РФ) над иными сторонами – работниками и работодателями, что нарушает основополагающий принцип, предусмотренный ст. 24 ТК РФ, равноправие сторон. Такое неравенство выражено и в том, что Правительство РФ является с одной стороны членом Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений, а с другой – властным органом, по согласованию с которым данная Комиссия может участвовать в разработке проектов федеральных законов по вопросам регулирования социально-трудовых отношений.

Вместе с тем наделение правом законодательной инициативы представителей работников и работодателей в лице их объединений на уровнях социального партнерства невозможно, так как объективно нарушит баланс интересов данных субъектов, породит их правовое неравенство.

В связи с этим следует признать необходимым наделение правом законодательной инициативы по вопросам регулирования социально-трудовых отношений Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений и соответствующих комиссий в субъектах Российской Федерации путем внесения поправок в ст. 104 Конституции РФ, Федеральный закон «О Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений», Федеральный закон от 6 октября 1997 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

Таким образом, необходимо отметить, что главная цель реализации социальной власти данных субъектов на современном этапе – соблюдение баланса интересов лиц наемного труда и собственников средств производства для формирования гибкости в регулировании трудовых отношений, достижения социального компромисса.

А.С. Кудрин, Н.А. Прокопьева, А.О. Волосатова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

К ПОНЯТИЮ ДОСТОЙНОГО ТРУДА КАК КУЛЬТУРЕ ВЗАИМООТНОШЕНИЙ МЕЖДУ СТОРОНАМИ СОЦИАЛЬНОГО ДИАЛОГА

Впервые понятие достойного труда было введено в докладе «Достойный труд» Генерального директора МОТ Х.А. Сомавиа на 87-й сессии МОТ в 1999 г. «Достойный труд – это труд, при котором права трудящихся защищены, который приносит адекватный доход и обеспечивает социальную защищенность. Также достойный труд подразумевает достаточный труд в том смысле, что каждый индивид имеет полный и свободный доступ к возможностям зарабатывать и получать доход. Кроме того, соблюдение принципов достойного труда означает новые перспективы с точки зрения экономического и социального развития, новые возможности, при которых занятость, доход и социальная защищенность могут быть достигнуты без компромисса между правами трудящихся и социальными стандартами».

Между тем, в научной литературе встречаются следующие определения понятия «достойный труд». В частности, Л.А. Костин характеризует «достойный труд» как «высокоэффективный труд в хороших и безопасных производственных условиях, дающий работнику удовлетворение, возможность в полной мере проявить свои способности, навыки и мастерство, труд с достойной оплатой и справедливым распределением плодов прогресса, труд, когда права трудящихся защищены, и они активно участвуют в деятельности организации, внося максимально возможный вклад в общее благополучие».

В целях обеспечения реализации концепции достойного труда Российская Федерация придает большое значение сотрудничеству с МОТ и поддерживает основные программные положения МОТ в сфере повышения качества жизни, определяющие достойный труд как важную цель для действий на

национальном уровне. Выступая на 100-й сессии Международной конференции труда в июне 2011 года в Женеве, В.В. Путин отметил важнейшую роль МОТ на мировой арене, уникальность и эффективность.

Помимо государства, в настоящее время заинтересованность в достижении достойного труда играют профсоюзы. Так, в частности, Федерация независимых профсоюзов России (ФНПР) подтверждает верность избранному курсу борьбы за достойный труд, достойную жизнь и социальную безопасность, за экономику, способную их обеспечить. Эти направления действий российских профсоюзов остаются ключевыми. Профсоюзы России заявляют: достойный труд – основа благосостояния человека и развития страны.

Важно отметить, что определения достойного труда включают пять основных характеристик: производительность, безопасность, уважение прав трудящихся со стороны государства и работодателей, социальная защита, соответствующий доход, возможность влиять на принятие решений относительно условий труда, трудовых отношений посредством социального диалога.

В связи с этим именно в период рыночной экономики повышается значение социального диалога (партнерства) в качестве средства согласования объективно противоположных интересов работников и работодателей при содействии институтов публичной власти (государства, органов местного самоуправления).

Регулирование социально-трудовых отношений позволяет реализовать в полной мере потребности сторон социального диалога. Тем самым, в существовании социально-партнерских отношений нуждаются сами собственники средств производства (работодатели) для эффективного управления принадлежащим им капиталом, увеличения прибыли, а также наемные работники и государство – для улучшения благосостояния, получения результатов своего труда, в конечном счете, обеспечении социальной стабильности.

В экономической и социальной политике понятие «социальный диалог» обозначает сотрудничество между наемными работниками и работодателями на разных уровнях по поводу определения наиболее оптимальных условий труда и найма. Важнейшим результатом этого является достижение достойного труда, который выступает в качестве основы социального, экономического и экологического, культурного развития, обеспечения стабильности в стране.

Между тем в России отсутствует единая стратегия развития трудовых отношений в целях обеспечения труда. Создание такой стратегии Правительством РФ видится полезным для дальнейшего развития социального диалога между работниками, работодателями, публично-властными субъектами (государством, органами местного самоуправления) при поддержке МОТ, закрепление в ней целей и задач по укреплению социально-трудовых отношений в краткосрочной и долгосрочной перспективе, повышению правовой культуры сторон, созданию условий для взаимного уважения сторон социального диалога.

С.М. Кудрин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СОЦИАЛЬНЫХ ПАРТНЕРОВ НА ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЕ

В период реформирования государственной службы в Российской Федерации особую актуальность и научно-практический интерес приобретает вопрос распространения норм трудового права на отношения, связанные с прохождением государственной службы (гражданской, правоохранительной и военной), и согласования интересов граждан, проходящих государственную службу и государства. Нормативным выражением такого согласования выступает социальное партнерство в сфере труда.

В ст. 28 ТК РФ указывается, что особенности применения норм о социальном партнерстве на государственной службе устанавливаются федеральными законами.

Однако законодательные нормативные акты, регламентирующие подобные особенности, не приняты. Конституция РФ 1993 г. в ст. 30 гарантирует каждому право на объединение, включая право создания профессиональных союзов для защиты своих интересов. Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., Конвенция МОТ № 98 «О свободе ассоциаций и защите права на организацию» 1948 г. закрепляют возможность установления законных ограничений пользования правом на ассоциацию (объединение) для лиц, входящих в состав вооруженных сил и полиции.

Действующее законодательство гарантирует право государственных служащих на объединение и защиту прав и законных интересов без каких – либо специальных ограничений. Данное право закрепляется, в частности, в п. 22 ч. 1 ст. 11 ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым гарантируется право на создание и участие в деятельности общественных объединений, не преследующих политические цели, в свободное от выполнения служебных обязанностей время, если это не влечет за собой возникновение конфликта интересов; ст. 31 ФЗ «О полиции», устанавливающей право сотрудников полиции на объединение в профессиональные союзы (ассоциации) в целях представительства и защиты своих социально – трудовых прав и интересов.

Законодательство на сегодняшний день четко не закрепляет особенностей социального партнерства в сфере труда и ответственности социальных партнеров на государственной гражданской и правоохранительной службе. В связи с этим при регулировании отношений социального партнерства необходимо руководствоваться ст. 11 ТК РФ, устанавливающей субсидиарное применение норм трудового законодательства к правоотношениям, связанным с государственной службой.

Однако такое субсидиарное регулирование не решает главную проблему – специфика отношений есть, но она «размыта», как по различным источникам, так и по отраслям права.

На практике даже акты социального партнерства одного порядка, регулирующие социально-партнерские отношения на одном уровне, зачастую различные. Например, на Ставрополье заключено Отраслевое соглашение по подразделениям УФСИН России по Ставропольскому краю на 2013–2015 годы, а в Москве – коллективный договор Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по городу Москве. Неодинаков и субъектный состав социальных партнеров. Так тот же коллективный договор Главного управления Министерства внутренних дел Российской Федерации по городу Москве распространяется не только на работников, но также на сотрудников-членов профсоюза. В Волгоградской области аналогичный правовой акт распространяется только на работников и работодателей.

Российским законодательством специальным образом не урегулирован как порядок создания профессиональных союзов на государственной службе для представления интересов работников (служащих) на разных уровнях социального партнерства в целях осуществления коллективно – договорного регулирования, так и объем гарантий членов профсоюзов, предусмотренных ст. 374, 376 ТК РФ.

Что касается оснований ответственности социальных партнеров, то она может конкретизироваться актами социального партнерства. Так, например, п. 9.2. Отраслевого соглашения по подразделениям УФСИН России по Ставропольскому краю на 2013-2015 годы предусматривает, «что должностные лица, виновные в нарушении законодательства о труде и правил по охране труда, в невыполнении обязательств по охране труда, предусмотренных Соглашением, или в воспрепятствовании деятельности представителей органов государственного надзора контроля за соблюдением требований охраны труда, а также органов общественного контроля, несут ответственность в соответствии с законодательством». Дополняет эту норму п. 9.3. данного Соглашения: «Должностные лица, виновные в нарушении прав Профсоюза или препятствующие его законной деятельности, несут ответственность в порядке, установленном законодательством».

Таким образом, видится необходимым принятие специального раздела в ТК РФ, регулирующего деятельность профсоюзов на государственной службе, а также федерального закона о социальном партнерстве в РФ, где нормы о различных видах ответственности социальных партнеров будут сконцентрированы в одном источнике.

Н.В. Новикова

Пермский государственный педагогический университет, г. Пермь

ИНСТИТУТ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБУЧЕНИЯ И ТРУДОВОЕ ПРАВО В АСПЕКТЕ ИЗМЕНЕНИЙ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОБ ОБРАЗОВАНИИ

01 сентября 2013 года вступил в силу Федеральный закон №273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» (далее – ФЗ об образовании), который внес значительное количество изменений и новаций во многие институты действующей системы образования. В рамках настоящей статьи рассмотрим только те вопросы, которые коснулись профессионального обучения, поскольку в отноше-

нии этого института возникало много дискуссий в теории трудового права из-за отсутствия легального, юридически закрепленного понятия, а также разной отраслевой принадлежности соответствующих норм. Постараемся выяснить, удалось ли законодателю поставить точку в этом процессе.

Одним из направлений в обсуждениях института профессионального обучения являлось разграничение права на профессиональное образование и права на профессиональное обучение. В частности, А.М.Лушников и М.В.Лушникова разграничивали их отраслевую принадлежность, утверждая, что право на профессиональное образование реализуется в отношениях между учащимся и образовательным учреждением, а право на профессиональное обучение – в трудовых отношениях, и не находили общего родового признака [3.С.56]. Представители пермской школы трудового права настаивали на том, что право на образование является единым, включающим в себя оба права, но при этом право на профессиональное образование считали одним из видов права на профессиональное обучение¹.

Второй спорный момент заключался в определении родовидовых связей между понятиями «профессиональная подготовка», «профессиональное обучение», «профессиональное образование», т.к. в литературе и на уровне нормативных правовых актов разной отраслевой принадлежности нередко отождествлялись понятия «профессиональное обучение» и «профессиональная подготовка»².

Полагаем, что в настоящее время законодателем сняты указанные спорные моменты, поскольку в ФЗ об образовании, наконец, четко определены виды, подвиды и уровни образования, даны соответствующие определения. Эта формально-юридическая определенность позволяет надеяться на то, что совокупность правовых норм, регулирующих конкретную разновидность общественных отношений, которые складываются в рамках реализации конституционного права на образование и права на труд, позволит перейти к иным вопросам формирования института профессионального обучения для решения современных социальных и экономических задач, решаемых государством, обществом, работодателями в условиях рыночной экономики.

В соответствии с п. 2 ст. 10 ФЗ об образовании образование подразделяется на следующие четыре вида: общее образование, профессиональное образование, дополнительное образование и профессиональное обучение. Указанные виды обеспечивают возможность реализации права на образование в течение всей жизни (непрерывное образование). Общее и профессиональное образование делятся на четыре уровня (п. 4 и п. 5 ст. 10). Дополнительное образование делится на три вида, одним из которых является дополнительное профессиональное образование (п. 6 ст. 10). В статье 10 не упоминается о каком-либо делении профессионального обучения как вида образования. Однако в ст. 73 главы 9 прослеживаются следующие его виды: профессиональная подготовка, переподготовка рабочих и служащих, повышение квалификации.

Понятие и цели каждого вида образования, а также видов профессионального обучения сформулированы в пп. 11–14 ст. 2; п. 1 ст. 66; п. 1 ст. 68; п. 1 ст. 69; п. 1 ст. 73.

Профессиональное обучение – это вид образования, который направлен на приобретение обучающимися знаний, умений, навыков и формирование компетенции, необходимых для выполнения определенных трудовых, служебных функций (определенных видов трудовой, служебной деятельности, профессий).

Вместе с тем должны отметить, что возникает некоторая неопределенность в отношении видовой принадлежности повышения квалификации и профессиональной переподготовки из-за того, что в п. 2 ст. 76, которая посвящена дополнительному профессиональному образованию как отдельному виду дополнительного образования, появляется норма о том, что дополнительное профессиональное образование осуществляется посредством реализации дополнительных профессиональных программ повышения квалификации и профессиональной переподготовки. Полагаем, что предложенная конструкция снова порождает вопросы родо-видового анализа.

В связи с тем, что право на труд и право на образование имеют много общего по своей правовой природе и социальной сущности, а трудовой договор все более трансформируется в договор труда и обучения, как справедливо заметил проф. И.Я. Киселев³, возникает потребность в гармонизации правовых норм, регулирующих смежные правоотношения.

В научных публикациях уже встречалось предложение о том, что следует заменить название раздела IX Трудового кодекса РФ «Профессиональная подготовка, переподготовка и повышение квалификации работников» на название «Профессиональное обучение»⁴. Федеральным законом от 02 июля 2013 года №185-ФЗ (ред. 21.07.2014) внесены существенные поправки в Трудовой кодекс, в которых были учтены как теоретические предложения юридического научного сообщества, так и изменения законодательства об образовании. В частности, раздел глава 9 назван как «Подготовка и дополнительное образование работников», что привело к снятию некоторых противоречий. Трудовое

право вводит новое родовое понятие «подготовка работника», в которое входит его профессиональное образование и профессиональное обучение (ч. 1 ст. 196 ТК РФ). Таким образом, институт профессионального обучения приобрел определенные границы, является не родовым, а видовым понятием и занял свою собственную нишу в системе образования РФ.

¹ Худякова С., Брюхина Е., Новикова Н. Право на труд и право на образование в современной России: взаимодействие юридических гарантий. LAP - Lambert Akademik Publishing, 2011. С. 32.

² Там же. С. 39–44.

³ Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право / И.Я.Киселев. М.: Изд-во Эксмо, 2005. С. 170.

⁴ Лушиникова М.В., Лушиников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 170; Худякова С., Брюхина Е., Новикова Н. Право на труд и право на образование в современной России: взаимодействие юридических гарантий. LAP - Lambert Akademik Publishing, 2011. С. 38.

М.В. Подвязникова
Омская юридическая академия, г. Омск

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ И МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ

Право на охрану здоровья является одним из важнейших элементов правового статуса человека. В самом общем смысле оно может быть определено как комплекс правовых возможностей по получению мер медицинского и социального характера (медицинской помощи, санаторно-курортного лечения, пособий по болезни и т.д.), направленных на поддержание и укрепление здоровья человека. В настоящее время вопросы охраны здоровья населения и оказания медицинской помощи нашли свое отражение не только во внутренних правовых системах государств, но и в международных актах.

Существуют несколько вариантов осуществления международного сотрудничества: 1) в рамках межгосударственных объединений (Содружество Независимых Государств; Европейский Союз); 2) в рамках международных организаций (Международная организация труда, Всемирная организация здравоохранения); 3) путем заключения международных договоров и соглашений.

Также необходимо отметить, что существуют несколько уровней международных стандартов прав человека в сфере охраны здоровья и медицинской помощи. Минимальные стандарты, зафиксированные, в частности, в Конвенции МОТ №102 о минимальных нормах социального обеспечения от 28 июня 1952 г.¹, оптимальны по содержанию и представляют собой рамки, в которых государства оказались способными достичь компромисса, они позволяют гарантировать хотя бы минимальный уровень реализации прав². Их существование не ограничивает государство в создании стандартов, которые бы гарантировали более высокий уровень защиты прав своих граждан (Европейский кодекс социального обеспечения 1968 г.). Таким образом, государство само решает, обязательства по выполнению какого международного акта принять на себя, в зависимости от экономических и организационных особенностей. По мнению Е.Е. Мачульской, задачами международно-правового регулирования, помимо разработки международных стандартов, являются гармонизация и координация законодательства различных стран³. Гармонизация заключается в формировании общих принципов, а также минимальных стандартов, которые могут быть восприняты и реализованы в национальном законодательстве разных стран. Основной целью координации национальных систем социального обеспечения является их приспособление друг к другу⁴. Достаточно большое количество актов Международной организации труда (далее также – МОТ) посвящено вопросам оказания медицинской помощи как всем гражданам, так и определенным категориям лиц (к примеру, морякам).

Так, в Конвенции МОТ №102 регламентирован минимальный перечень мероприятий, которые должны производиться в случае возникновения у лица болезненного состояния, в который входят: 1) общая врачебная помощь, включая визиты на дому; 2) помощь, оказываемая специалистами стационарным или амбулаторным больным в больницах, и помощь, которая может оказываться специалистами вне больниц; 3) обеспечение наиболее необходимыми медикаментами, предписанными врачом или другим дипломированным специалистом; 4) госпитализация в случае необходимости. Отметим, что, помимо помощи, оказываемой врачом-специалистом в различных условиях, минимальные нормы медицинского обслуживания охватывают обеспечение необходимыми лекарственными средства-

ми. Представляется, что речь идет о бесплатном предоставлении медикаментов лицам, имеющим право на получение медицинской помощи. При этом, если лекарственный препарат предоставляется на безвозмездных началах, можно говорить, что эта гарантия является составным элементом системы социального обеспечения государства. Аналогичные положения содержатся в Конвенции МОТ №130 о медицинской помощи и пособиях по болезни от 25 июля 1969 г. (далее – Конвенция МОТ №130)⁵.

Следует сказать, что Конвенция МОТ №130 предусматривает общий перечень мер, предоставляемых при оказании медицинской помощи, куда помимо мер, указанных в Конвенции МОТ №102, входит еще и зубо-врачебная помощь, а также медицинское восстановление. Государства, экономика и система медицинского обслуживания которых не достигли достаточного развития, могут установить временные изъятия применительно к отдельным видам медицинской помощи, а именно зубо-врачебной помощи и медицинскому восстановлению. Таким образом, можно утверждать, что неотъемлемыми элементами медицинской помощи являются непосредственно помощь, оказываемая специалистом в различных условиях (амбулаторно, стационарно и т.д.), а также лекарственное обеспечение. Анализ международных стандартов позволяет сделать вывод, что медицинская помощь, включая предоставление лекарств, является частью системы социального обеспечения, следовательно, на нее также распространяются указанные стандарты, которые служат основой для формирования национальных правовых систем.

Как уже было сказано, координационные международные нормы направлены на сближение национальных правовых систем и «смягчение» принципа территориальности, так как он служит препятствием для реализации права на свободу передвижения⁶. Безусловно, важное значение имеют международные координационные нормы, устанавливающие порядок оказания медицинской помощи иностранным гражданам, лицам без гражданства, мигрантам и т.д. Наиболее тесное международно-правовое сотрудничество в сфере регулирования вопросов здравоохранения развивается в рамках Содружества Независимых Государств. Это объясняется общностью исторических, культурных, научных, экономических и транспортных связей. В Соглашении о сотрудничестве в области здравоохранения от 26 июня 1992 г.⁷ устанавливается приоритет охраны здоровья населения. Российская Федерация осуществляет международное сотрудничество также посредством заключения международных договоров. Так, в целях содействия развитию и расширению сотрудничества между государствами было заключено Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Швеция о сотрудничестве в области здравоохранения и социального обеспечения 2010 г.⁸. Соглашение предусматривает различные виды взаимодействия, к примеру: обмен специалистами и делегациями; обмен информацией; установления прямых связей между производителями медицинской техники, оборудования и предметов медицинского назначения, в особенности для инвалидов и т.д.

Подводя итог, констатируем, что фундаментальные международные акты признают приоритет права на охрану здоровья граждан и на доступность медицинской помощи. В результате анализа международных норм различных видов (акты международных организаций и межгосударственных объединений) была выявлена взаимосвязь медицинской и лекарственной помощи, в рамках которой надлежащее обеспечение необходимыми медикаментами является неотъемлемым элементом медицинской помощи. Минимальные стандарты в области социального обеспечения регламентируют право граждан на медицинскую и лекарственную помощь, тем самым гарантируя их предоставление в рамках национальных правовых систем государств с различным уровнем экономического развития. Таким образом, осуществляется гармонизация внутригосударственных законодательств и национальных систем охраны здоровья на основе международно-правовых стандартов.

¹ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Тиунов О.И. Роль международно-правовых стандартов в регулировании взаимодействия международного и национального права // Журнал российского права. 2012. №12. С. 69–83.

³ Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: учебник. М.: ЮРАЙТ, 2011. С. 479.

⁴ См. там же. С. 481.

⁵ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения: учебник. М.: ЮРАЙТ, 2011. С. 481.

⁷ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ВРЕМЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ТРУДОВОГО ПРАВА КАК ОТРАСЛИ ПРАВА

В отечественной науке трудового права в те или иные периоды наблюдались различные трактовки момента возникновения отрасли трудового права. В советский период большинство ученых (Н.Г. Александров, Л.Я. Гинцбург, В.М. Догадов и др.) нередко связывали формирование отрасли трудового права в России и других советских республиках с образованием в результате Октябрьской революции 1917 г. советского государства (РСФСР, БССР, УССР и др.) и принятием первого КЗоТ РСФСР 1918 г.

После распада СССР ряд ученых в области трудового права (Е.М. Акопова, А.М. Лушников, М.В. Лушникова) стали изучать вопрос о времени возникновения отрасли трудового права и трудового (фабричного) законодательства в дореволюционном периоде (в конце XIX в. в Российской империи, а для стран Запада на полвека раньше). А.М. Лушников, М.В. Лушникова попытались даже «примирить» новый взгляд относительно традиционного советского подхода: «Отечественное трудовое законодательство развивалось в рамках общецивилизационной тенденции приблизительно в той же проблемной и хронологической последовательности. При этом отставание от Запада составляло в среднем полвека. Первыми трудовыми законами можно признать акты, принятые в 80-х годах XIX в. Первым российским инкорпорированным актом данной отрасли законодательства стал УПТ (изд. 1913 г.). Советская модель трудового права начала формироваться с 1917 г., но оформилась только с принятием КЗоТ 1922 г.»¹. В приведенной цитате речь не идет собственно об **отрасли** трудового права, но из того факта, что формирование трудового законодательства (с первыми трудовыми законами) связывается ими с 1880-ми гг., а первая инкорпорация с УПТ – 1913 г., что и отечественная отрасль трудового права сформировалась на рубеже XIX–XX вв. С таким подходом, который ранее поддерживался И.Я. Киселевым, можно отчасти согласиться, но с одним уточнением, о котором мы писали и ранее: «Хотя отечественная отрасль трудового права насчитывает от одного до полутора веков, но правовые нормы, регулирующие труд (в том числе наемный), существуют много столетий, а в отдельных странах – тысячелетий»². Что касается Беларуси, то окончательно отрасль трудового права в ней сформировалась в 1920-х гг. после возрождения своей государственности в 1918–1919 гг.

Так, представитель санкт-петербургской школы трудового права Е.Б. Хохлов в ряде своих последних работ³ делает спорный вывод применительно к эпохе древнейших обществ о том, что «можно с полным основанием сказать, что в эту эпоху в этих государственно организованных обществах существовало трудовое право, причем в том виде, в каком оно нам хорошо известно по нашему недавнему прошлому»⁴. Во-первых, историко-эмпирической основой для данного вывода выступает по существу только источники права Древнего Египета, а Вавилон и Финикия упоминаются только на трех страницах его книги без каких-либо доказательств существования в них норм трудового права. Следовательно, если и делать вывод о существовании протонорм трудового права, то можно вести речь только о Древнем Египте. Но наличие в Законах Хаммурапи десятка норм права, в той или иной мере регулирующих труд древних египтян (даже с элементами наемного труда), еще не говорит о формировании трудового права как отрасли права со своим предметом, методом, принципами и другими квалифицирующими сущностными признаками. Эти примеры свидетельствуют о древней истории правового регулирования труда (в том числе наемного), но не трудового права как отрасли права, которой в Древнем Египте, безусловно, не существовало. И даже некоторые параллели, обнаруженные Е.Б. Хохловым в древнеегипетских нормах с единым тарифно-квалификационным справочником (периода СССР), которые используются в Беларуси и по сей день, не доказывают обратного.

В.И. Кривой, опираясь на предания из Библии (Ветхий Завет), утверждает, что «трудовое право – самая древняя отрасль права»⁵. Какие же аргументы приводит автор в подтверждение своего крайне спорного вывода? Во-первых, указывается акт сотворения Богом Евы из ребра, взятого у человека (Адама), и о наделении Евы «конкретной «должностью» – помощник». Хотя В.И. Кривой и берет «должность» в кавычки, библейский акт сотворения Евы – это не акт применения норм трудового права. Еву никто не назначал на «должность помощника» Адама, даже если подходить к этому преданию как к историческому факту, что, очевидно, не доказуемо. Указанная цитата могла бы свиде-

тествовать о древнейшем мифологическом примере возникновения семейных отношений, но не трудового права как отрасли, не семейного права как отрасли, не столь же мифологического «семейного трудового права», как пишет указанный автор. Во-вторых, то, что дети Адама и Евы по тому же ветхозаветному библейскому преданию были «пастырем овец» (Авель) и земледельцем (Каин), также однозначно не свидетельствует о трудовом праве как древнейшей отрасли права. Это может означать лишь факт разделения труда, которое подтверждается исторической наукой и археологией (занятие древними людьми собирательством, охотой, земледелием и др.). Но само по себе это разделение труда, очевидно, еще не свидетельствует о наличии «на заре человечества» упорядоченной системы правовых норм, регулирующих трудовые и связанные с ними отношения.

Итак, история правового регулирования труда (в том числе наемного) насчитывает в общемировом масштабе тысячелетия. Установление разрозненных норм права, регулирующих отдельные стороны наемных отношений, вместе с тем не свидетельствует о возникновении отрасли трудового права в древнейших обществах. Однако можно констатировать, что отрасль фабричного законодательства (позднее ставшая именоваться трудовым) сформировалась в Российской империи только к концу XIX в., а отечественная отрасль трудового права – к началу XX в.

¹ Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: учебник: в 2 т. Т. 1. Сущность трудового права и история его развития. Трудовые права в системе прав человека. Общая часть. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2009. С. 104

² Томашевский К.Л. Очерки трудового права (история, философия, проблемы систем и источников): монография. Мн.: «Изд. центр БГУ», 2009. С. 11.

³ Хохлов Е.Б. К понятию трудового права // Трудовое право России: проблемы теории и практики: межвуз. сборник науч. тр., посвященный 100-летию со дня рождения Н.Г. Александрова. М.: Проспект, 2008. С. 227; Хохлов Е.Б. История труда и трудовое право: в 3 т. Т.1. История труда в контексте хозяйственных, политических и ментальных систем. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2013. С. 74; 66-69.

⁴ Кривой В.И. Со звездными учителями – к Отцу к Отцу Небесному: мемуарно-ученые записки. Минск-СПб.; М., 2013. С.145.

⁵ Там же. С.145.

С.В. Трутнев

Общественная организация «Пермский региональный правозащитный центр», г. Пермь

ПРОБЛЕМЫ РАССМОТРЕНИЯ ТРУДОВЫХ СПОРОВ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ ЗАЕМНОГО ТРУДА

Заемный труд как явление существует в Пермском крае более 10 лет. При этом, как правило, в Пермском крае он осуществляется в крайней форме – в форме аутстаффинга, т.е. переоформления на иное юридическое лицо основного персонала предприятия. Судебная практика судов общей юрисдикции и в Пермском крае и в других регионах России складывается не в пользу работников. В основе отказной практики судов — два основных момента: отсутствие в праве заемного труда как понятия и правовая устойчивость трудового соглашения. В декабре 2013 года прошло заседание научно-консультационного Совета при Пермском краевом суде, посвященного проблемам рассмотрения споров, возникающих в связи с применением схем заемного труда. В начале этого года в СМИ была распространена информация о принятии закона, запрещающего заемный труд в Российской Федерации. Федеральный закон от 05.05.2014 N 116-ФЗ, который определяет понятия «заемный труд» и «направление работников временно для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников», вводит определенное правовое регулирование таких отношений, вступает в силу с 01.01.2016.

Повлияли ли данные события на ситуацию с применением схем аутстаффинга в Пермском крае, разрешились ли вопросы в правоприменении? На мой взгляд, говорить о том, что все вопросы разрешены, не приходится. Если говорить о распространении этого явления, то следует отметить, что на территории г. Перми было три крупных предприятия активно применявших схемы заемного труда: ОАО «СанИнБев», Пермский филиал ООО «Нестле Россия» (бывшая кондитерская фабрика «Камская»), ОАО «Хенкель РУС». На данный момент ОАО «СанИнБев» закрыт, «Камская» под давлением профсоюзов ФНПР заявила о сокращении применения схем заемного труда, ОАО «Хенкель РУС» продолжает активно применять заемный труд.

Но сокращение применения аутстаффинговых схем происходит отнюдь не благодаря тому, что законодатель или правоприменитель ликвидировали правовую неопределенность в регулировании заемного труда.

Как правильно отмечалось в рекомендациях научно-консультационного совета, основными проблемами при рассмотрении данной категории дел являются (и, видимо, будут являться также после 01.01.16) две проблемы – определение природы отношений, возникающих в трехсторонней сделке между работником, частным агентством занятости (ЧАЗ) и принимающей стороной (предприятие–пользователь), и определение работодателя в отношениях с работником.

Определение природы отношений

Конвенция МОТ № 181 не устанавливает для данных отношений специального термина, но дает им описание: «Частное агентство занятости» означает любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных органов, которое представляет одну или более из следующих услуг на рынке труда, в том числе: услуги, состоящие в **найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны (именуемая «предприятие – пользователь»)**, которая устанавливает им рабочие задания и контролирует их выполнение».

Федеральный закон от 05.05.2014 N 116-ФЗ вводит следующие термины:

«Заемный труд – труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического лица или юридического лица, не являющихся работодателем данного работника. Заемный труд запрещается».

Однако частное агентство занятости или другое юридическое лицо, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации о занятости населения в Российской Федерации вправе осуществлять деятельность по предоставлению труда работников (персонала), в целях осуществления такой деятельности имеют право в случаях, на условиях и в порядке, которые установлены настоящей главой, направлять временно своих работников с их согласия к физическому лицу или юридическому лицу, не являющимся работодателями данных работников (далее - принимающая сторона), для выполнения работниками определенных их трудовыми договорами трудовых функций в интересах, под управлением и контролем указанных физического лица или юридического лица.

Означает ли такая смысловая конструкция два различных вида отношений? Я не вижу принципиальных отличий в отношениях, возникающих в первом и втором случаях. И далее все отношения, возникающие в силу применения схем аутстаффинга, буду называть заемным трудом.

В рекомендациях научно-консультационного совета определены два основных направления реализации заемного труда: аутстаффинг (вывод за штат основного персонала, как ранее работающего, так и вновь привлекаемого) и аутсорсинг (выделение производственных функций для передачи другому хозяйствующему субъекту).

Такое разделение представляется мне неверным. Заемный труд имеет свою правовую природу, отличную от иных видов сделок. Заемный труд отличается от отношений, возникающих при применении схем аутсорсинга, тем, что основой отношений заемного труда является гражданско-правовая сделка займа персонала, оформленная договором по предоставлению персонала (договором займа персонала, лизинга персонала). А при аутсорсинговых отношениях между хозяйствующими субъектами заключается классический договор услуги или подряда. Необходимо сказать, что правовая неопределенность в регулировании заемного труда подталкивала ЧАЗ к представлению договора займа персонала договором аутсорсинга, а после вступления в силу Закона №116-ФЗ, следует ожидать, что эта практика станет повсеместной.

Договор займа персонала имеет существенные отличия от договора услуги:

– Договор устанавливает вид услуги в виде предоставления персонала на определенные работы, при этом сами работы предметом соглашения не являются.

– Результат работ, производимых работниками ЧАЗ, не является предметом сделки.

– Вознаграждение ЧАЗ зависит от оплаты труда привлеченных работников ЧАЗ. Оплата труда привлекаемого работника прямо вытекает из оплаты ЧАЗ.

– Ответственность ЧАЗ установлена только в части реализации работ по привлечению персонала. За качество работы направляемых по договору работников ЧАЗ ответственности не несет.

Эти существенные отличия и определяют природу возникших отношений. Родовые черты отношений займа персонала необходимо закреплять либо нормой права, либо судебной практикой. К сожалению пока это не произошло, что открывает дорогу к сокрытию потенциально запрещенных отношений.

Последствия установления природы отношений

Рекомендации научно-консультационного Совета при Пермском краевом суде указывают на необходимость при рассмотрении спора толкования договора, заключенного между предприятием пользователем и ЧАЗ. Указывается, что суд вправе установить притворность сделки. Однако притворная сделка должна прикрывать иную, реальную сделку, а заемный труд основан на реализуемом сторонами договоре займа персонала. Является ли договор займа персонала сам по себе притворной сделкой или необходимо установить, что он заключен с целью прикрыть иную сделку?

Вроде бы очевидно, что договор займа персонала заключается между хозяйственными субъектами с целью сократить расходы на рабочую силу. Означает ли это, что сделка совершена с целью сокрыть фактические трудовые отношения, что она притворная? Если это так, то тогда непонятно, только ли от аккредитации ЧАЗ зависит притворность сделки (с точки зрения закона от 05.05.2014 №116-ФЗ). Если сам по себе договор займа персонала еще не означает притворности сделки, то тогда неясно, какую сделку он реально может прикрывать, как это соотноситься с практикой, какие обстоятельства должен исследовать суд при рассмотрении споров при данных отношениях?

Очевидно, что для построения четкого праворегулирования отношений заемного труда закон от 05.05.2014 №116-ФЗ скорее оказал негативное влияние и породил больше вопросов, нежели разрешил.

К сожалению, рекомендации, данные научно-консультационным советом при Пермском краевом суде, не закрывают проблему правового регулирования отношений в период вступления в силу закона и не отвечают задачам облегчения судам проблемы рассмотрения дел данной категории. Практика арбитражного суда не может быть слепо перенята судами общей юрисдикции. В арбитражном процессе рассматриваются споры по налоговым нарушениям, документы представляются обоими сторонами. Арбитражный суд не связан необходимостью обеспечить равенство сторон в процессе. Иное дело – суд общей юрисдикции по трудовому спору. В таком процессе выступают сторонами работодатель и работник, как процессуальные стороны они изначально не равны. Равенство сторон в трудовом споре обеспечивается доказательной презумпцией, которой располагает работник как слабая сторона.

Если перед судом общей юрисдикции в трудовом споре поставить задачу проанализировать договор между хозяйствующими субъектами на предмет притворности сделки, это означает, что суд должен получить документы в подтверждение соответствия договора фактическим отношениям между субъектами. Каким образом работник может собрать доказательства по этому поводу? Должна ли и в этом вопросе применяться доказательная презумпция? Учитывая краткие сроки рассмотрения трудовых споров, не позавидуешь суду, который постарается честно и полно рассмотреть такое дело.

Установление фактического работодателя

Какие правовые последствия возникают после определения возникающих отношений. После констатации того, что имеет место действительно заемный труд, до вступления в силу закона от 05.05.2014 №116-ФЗ автоматически возникает следующая правовая конструкция:

В соответствии со ст. 1 ТК РФ основными задачами трудового законодательства являются создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства, **а также правовое регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений**, в том числе **по организации труда и управлению трудом и трудоустройству у работодателя**.

Из ст. 1 ТК РФ вытекает, что трудовые отношения – это отношения, в ходе которых работодатель осуществляет организацию и управление трудом работника, в отличие от гражданско-правовых отношений, где гражданин организует свой труд самостоятельно. Властные полномочия работодателя – отличительная черта трудового правоотношения – реализуются исключительно в рамках организации и управления трудом работника. В соответствии со ст. 15 ТК РФ трудовые отношения – отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности в соответствии со штатным расписанием, профессии, специальности с указанием квалификации; конкретного вида поручаемой работнику работы), подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором. Ссылка ст. 15 ТК РФ на определенный перечень обстоятельств и документов является лишь разъяснением того, каким образом могут проявляться властные полномочия работодателя.

Судебная практика по делам о признании отношений трудовыми выработала определенную систему доказательств. Судом исследуются доказательства организации и контроля труда работника через подтверждение реализации прав работодателя, закрепленных в ст. 22 ТК РФ: подчиненность работника правилам трудового распорядка, установление и учет рабочего времени, полномочия по поощрению и по дисциплинарным взысканиям, подчинение работника указаниям непосредственного руководителя.

При анализе судом доказательств, в рамках рассмотрения трудового спора, при возникновении отношений с применением схем заемного труда перед судом предопределенно возникает конфликт доказательств – с одной стороны, доказательства, свидетельствующие о реализации предприятием-клиентом властных полномочий по организации труда работника (договор займа персонала, трудовой договор с работником, свидетельские показания); с другой стороны, доказательства, свидетельствующие о наличии трудовых отношений с ЧАЗ (трудовой договор, подписанный с ЧАЗ, и документы письменного кадрового учета).

Суду при рассмотрении спора необходимо учитывать природу возникших отношений, и прежде чем давать оценку трудовому договору между работником и ЧАЗ, необходимо дать оценку договору между хозяйствующими субъектами.

В соответствии со ст. 16 ТК РФ трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя в случае, когда трудовой договор не был надлежащим образом оформлен. В отношениях заемного труда ЧАЗ выступает представителем предприятия-пользователя, производящим прием на работу по прямому поручению предприятия-пользователя. Трудовое соглашение с работодателем – предприятием – пользователем было устным, без надлежащего письменного оформления.

В ч. 3 ст. 20 ТК РФ дано определение работодателя, которым названо лицо, фактически вступившее в трудовые отношения с работником. В этой же норме (ч. 5 ст. 20 ТК РФ) определен порядок передачи полномочий работодателя. Гражданско-правовой договор не является основанием для передачи полномочий работодателя. Заключаемые с организациями ЧАЗ договоры услуг имели целью освобождение работодателя от выполнения обязанностей, предусмотренных трудовым законодательством, что в силу ст. 11 ТК РФ запрещено. Договоры услуг между названными юридическими лицами призваны изменить сторону работодателя в трудовых отношениях, в связи с чем следует констатировать, что гражданско-правовой договор займа персонала направлен на регулирование трудовых отношений, тогда как регламентация трудовых отношений договором гражданско-правового характера в ст. 11 ТК РФ запрещена.

Одним из основных элементов правового статуса работодателя являются его права и обязанности. Права и обязанности работодателя определены в ст. 22 ТК РФ. Формальное письменное оформление отдельных обязанностей работодателя предприятиями ЧАЗ не является правовым основанием для признания их работодателями, так как элементами правового статуса в рассматриваемой ситуации обладает лишь лицо, использующее труд работника в своих целях, организующее и контролирующее его труд.

Для определения работодателя в отношениях, возникающих при привлечении труда работников по схеме заемного труда, возможно использование международных актов, в частности Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении». В соответствии с указанным документом признаком трудового правоотношения является в том числе тот факт, что работа выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны; предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия; выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица; выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее; предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу. Указанные Рекомендацией МОТ № 198 обстоятельства, определяют в том числе сторону, с которой у работника возникают трудовые отношения.

Серьезная проблема возникает при оценке трудового договора, заключенного между ЧАЗ и работником. Трудовое законодательство наделяет трудовой договор особой правовой устойчивостью, оно не содержит положений о применении к трудовому соглашению последствий признания сделки ничтожной. При этом фактически именно трудовой договор, а не договор займа персонала фактически является притворной сделкой, направленной на сокрытие фактических трудовых отношений, возникающих с предприятием-пользователем. Видимо, правовой выход заключается в применении судами общих принципов права, таких как недопустимость злоупотребления правом, так, как судеб-

ная практика сформировалась в ином случае проблемы преодоления устойчивости трудового соглашения — в случае когда в трудовой договор вносятся положения, фактически приводящие к невозможности его расторжения.

Заключение

Учет судом особого порядка организации труда работника по схеме заемного труда до вступления в силу Федерального закона от 05.05.2014 №116-ФЗ неминуемо должен привести суд к признанию трудовых отношений между работником и лицом, которое фактически предоставляет возможность трудиться, организует и контролирует труд работника. И, на мой взгляд, гораздо более эффективно и правильно делать это через установление природы отношений и применение действующих норм права, нежели через исследование притворности сделки.

С 01.01.2016 (после вступления в силу Федерального закона от 05.05.2014 №116-ФЗ) в силу прямого указания закона работодателем следует признавать ЧАЗ. Однако указанный закон не остановил волну исков в защиту нарушенных заемным трудом прав. К трудовым спорам и спорам по социальному страхованию прибавятся споры в защиту пенсионных прав. А сам закон неминуемо будет исследован на предмет соответствия его Конституции РФ.

Правовая неопределенность регулирования отношений, возникающих при применении схем заемного труда, создает препятствие для эффективной защиты нарушенного права и сама по себе является нарушением права на справедливое правосудие. Принятие Федерального закона от 05.05.2014 №116-ФЗ несколько разрешает проблему правового регулирования отношений, однако до конца не разрешает все вопросы и сопровождается прямым обманом широких масс, которые вводятся в заблуждение ложными обещаниями о запрете заемного труда. Неразрешенность вопроса об определении правовых признаков заемного труда на фоне несостоявшихся ожиданий при увеличении объемов применения схем заемного труда неминуемо должно вызвать волну недовольства среди населения и суды должны быть к ней готовы. Рекомендаций, данных научно консультационным советом при Пермском краевом суде, явно недостаточно для того, чтобы облегчить задачу вынесения судами справедливого и законного постановления по делу. В заключение можно сказать, что дискуссию о заемном труде законченной считать рано.

М.Ю. Федорова

Конституционный Суд Российской Федерации, г. Санкт-Петербург

ОЦЕНКА СОЦИАЛЬНЫХ РИСКОВ КАК МЕТОД УПРАВЛЕНИЯ ИМИ: ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

Одной из основных проблем современной российской науки права социального обеспечения является разработка базовых категорий отрасли, к которым, по единодушным оценкам ученых, относится социальный риск. Вместе с тем наряду с формированием понятия социального риска необходимо проводить исследования форм и методов учета, оценки, компенсации, минимизации различных его видов. Комплекс перечисленных мероприятий можно обозначить термином «управление социальными рисками», а формирование и функционирование системы социального обеспечения можно рассматривать как управление социальными рисками. Это лишь один из многих возможных, но весьма продуктивный подход к определению сущности социального обеспечения как комплексного и многогранного социально-правового явления, к характеристике его институционального оформления, а также анализу правового регулирования возникающих в этой сфере общественных отношений.

Рассмотрим управление социальными рисками как юридическую конструкцию, представляющую собой совокупность правовых инструментов, предназначенных для эффективной организации системы социального обеспечения. Управление социальными рисками выступает как система мер по установлению перечня социальных рисков, их учету, оценке, профилактике, а также компенсации (минимизации) последствий социальных рисков. Вместе с тем реализация указанных мер невозможна без их нормативного закрепления, поскольку социальная защита населения в целом и социальное обеспечение, в частности, не могут существовать вне правовой формы. Следовательно, управление социальными рисками осуществляется в рамках соответствующего правового механизма, имеющего свои элементы, методы и стадии. Правовой механизм управления социальными рисками включает в себя нормативное и индивидуальное правовое регулирование, подразделяющиеся на соответствующую

щие этапы, каждый из которых (в частности, формализация социальных рисков, их компенсация и пр.) необходимо исследовать в рамках предложенного подхода.

Одним из основных методов управления социальными рисками является их оценка. Признание отношений по социальному обеспечению социальными обязательствами предполагает, что они должны характеризоваться признаком реальности исполнения. Следовательно, для принятия таких обязательств требуется оценка социальных рисков, их количественных и качественных характеристик, в том числе степени вероятности реализации. В этой сфере можно отметить такие относительно новые способы (технологии) управления социальными рисками, как индивидуальный персонифицированный учет и ведение федеральных регистров граждан, имеющих право на определенные виды социального обеспечения. Так, в сферах обязательного медицинского страхования и обязательного пенсионного страхования применяется индивидуальный (персонифицированный) учет, включающий организацию и учет сведений о каждом застрахованном лице для реализации, прав граждан на бесплатное оказание медицинской помощи в рамках программ обязательного медицинского страхования и пенсионных прав. Наряду с другими целями такой учет направлен на информационную поддержку прогнозирования соответствующих расходов, создание условий для контроля за использованием средств указанных видов обязательного социального страхования и т.д. Аналогичные задачи решаются посредством ведения регистров лиц, имеющих право на получение государственной социальной помощи, а также государственных услуг по содействию занятости населения.

В рамках правового механизма управления социальными рисками их оценка на этапе нормативного регулирования важна для четкой формализации социального риска с целью исполнимости соответствующего социального обязательства. Оценка социального риска на этапе индивидуального регулирования предполагает установление фактических обстоятельств, обуславливающих возникновение у гражданина права на социальное обеспечение. Установленные правоприменительные процедуры позволяют назначать пенсии, пособия и другие социальные выплаты либо предоставлять социальные услуги. Оценка социального риска как юридического факта (или совокупности таких фактов) всегда предшествует компенсации социальных рисков путем предоставления социального обеспечения, чтобы такое обеспечение было обоснованным в каждом конкретном случае.

Эти цели достигаются с помощью органов социальной защиты населения и внебюджетных социальных фондов при решении вопроса об установлении отдельных видов социального обеспечения. Так, в системе обязательного социального страхования оценка социального риска именуется экспертной страхового случая, которую при необходимости может назначать и проводить страховщик. Можно выделить два вида экспертизы страховых случаев: медицинская и правоприменительная. При необходимости оценить состояние здоровья и трудоспособность лица проводится медицинская экспертиза в форме экспертизы временной нетрудоспособности и медико-социальной экспертизы. Правоприменительной можно назвать экспертизу, позволяющую квалифицировать то или иное событие как страховой случай на основе оценки сведений, содержащихся в представленных заявителем документах.

Однако значение оценки социальных рисков этим не исчерпывается. В системе методов управления социальными рисками значительную роль играет оценка последствий компенсации социального риска, позволяющая, по существу, определить эффективность системы социального обеспечения применительно к тем или иным его видам, категориям обеспечиваемых и т.д. Оценки такого рода могут содержаться в программных документах, отчетах о результатах деятельности социальных учреждений и т.д. Например, основные итоги функционирования пенсионной системы за последнее десятилетие отражены в Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 25 декабря 2012 года №2524-р. В рамках индивидуального регулирования – это оценка результатов реализации индивидуальной программы реабилитации инвалида при прохождении им очередного освидетельствования в учреждении медико-социальной экспертизы.

Оценка последствий и степени компенсации социального риска имеет принципиальное значение как с точки зрения развития и совершенствования системы социального обеспечения в целом или ее отдельных элементов, так и с позиций повышения эффективности компенсации социального риска в отношении конкретного лица с учетом особенностей его жизненной ситуации. Кроме того, оценка степени компенсации социальных рисков способствует выявлению тех рисков, реализация которых в той или иной степени может быть предупреждена, и тем самым, следовательно, она направлена на повышение эффективности функционирования системы социального обеспечения.

VI. УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР И КРИМИНОЛОГИЯ

Г.М. Бильк

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРОБЛЕМА БОРЬБЫ С АЛКОГОЛИЗАЦИЕЙ В РОССИИ

В самом начале XX века известный российский юрист А.Ф. Кони, проявляя острую озабоченность по поводу народного пьянства в России, являвшегося «... истинным общественным бедствием, которое наравне с широко и глубоко внедрившимся сифилисом – *rag nobile fratrum* – (благородная пара братьев (лат), составляло все более и более нарастающую опасность вырождения народа в духовном и физическом отношении, могущего оказать роковое губительное влияние на историю родины и на стойкость русского племени в охране своей самостоятельности при столкновении с другими племенами»¹. Между тем, по его же свидетельству, в то время Россия, по уровню потребления 40% водки, была только на 9 месте среди 14-ти государств, где наиболее распространено было употребление данного вида алкогольной продукции. В России годовое потребление на человека приходилось 0,61 ведра (ведро равнялось 12,3 л. – Г.Б.), а в Дании, занимавшей не самое почетное первое место эта цифра составляла 1,72 ведра². Поэтому распространенное заблуждение о России, как самой пьющей стране всегда, во все времена, не соответствует действительности.

Но надо признать, что все усилия общества по ограничению, уменьшению алкоголизации населения на территории России в разные периоды его эволюционного, революционного, социалистического развития, выражавшиеся в различных формах, способах, начиная от попечительств народной трезвости и заканчивая административно-волевыми, в конечном итоге, если и давали положительный результат, но он оказывался относительно непродолжительным. Иногда он оказывался кампанейским, что заведомо обречено на неудачу, из-за отсутствия последовательности, преемственности, строгой системы мер по достижению цели. Однако, даже кратковременный и скромный результат, как это было в 1985–1987 годах, когда произошел, по сути, социальный эксперимент только с ограничением оборота алкоголя и алкогольной продукции, позволил обнаружить прямую зависимость между снижением уровня потребления алкоголя и другими процессами в обществе. Следует отметить, что, так называемого «сухого закона», о котором иногда упоминают в быту, не было. Каждый совершеннолетний житель Советского Союза мог купить ежемесячно, по талонам, две бутылки 40% водки, емкостью 0,5 литра каждая. Этого количества было более чем достаточно семьям, ведущим разумный образ жизни и эпизодически употребляющим спиртное в силу сложившихся представлений о русском гостеприимстве. В результате, повысилась производительность труда, уменьшилось количество расторгнутых браков, отцы семейств стали больше уделять внимания своим семьям, воспитанию детей, что сказалось на уменьшении безнадзорности и беспризорности детей. Повсеместно учреждались отделения, ячейки Всесоюзного общества за трезвость. Многие граждане вообще, сознательно отказывались от употребления алкоголя. Улучшилась демографическая ситуация, увеличилась рождаемость в целом и здоровых детей, в том числе, при одновременном снижении смертности, наблюдались позитивные количественно-качественные показатели семейно-бытовой преступности, корыстной и корыстно-насильственной, насильственных посягательств, противоправных деяний несовершеннолетних и иных правонарушений. Произошел при этом только рост преступных посягательств, связанных с самогоноварением, явившийся следствием усиления борьбы с этим явлением в рамках действовавшего уголовного законодательства РСФСР. А.Ф. Кони отмечал, как уже упоминалось, наличие сложнейшей проблемы, являвшимся спутником пьянства – венерических заболеваний. Остроту проблемы и отсутствие эффективных методов лечения, необходимых медицинских препаратов против сифилиса, косвенно отразил и С. Есенин в стихотворении «Снова пьют здесь, дерутся и плачут...» Он писал: «... гармонист спиртом сифилис лечит, что в киргизских степях получил»³. Однако развитие медицинской науки позволило обществу решить задачу и успешно осуществить борьбу с сифилисом. С бытовым пьянством и его последствием – алкоголизмом, который иногда называют хроническим, что является ошибочным, принимая во внимание отсутствие острой формы алкоголизма, к сожалению, таких успехов достичь медицинской науке не удастся. Здесь уже требуется комплексная, нередко индивидуальная, целенаправленная работа, рассчитанная на длительный период, с дифференциацией мер, сроков, несением серьезных материальных затрат на антиалкогольную пропа-

ганду, создание сети спортивных, физкультурно-оздоровительных объектов. Как следствие, у каждого человека должна быть собственная мотивация на здоровый образ жизни. Вместе с тем, серьезные успехи, если они возможны в условиях современной российской действительности, повлекут уменьшение легального оборота алкогольных напитков, а это приведет к снижению доходов бюджета. Выпадение «пьяных доходов» предполагает необходимость их замещения за счет других источников, способных компенсировать акцизы, налоги, таможенные сборы, поступающие в бюджет от реализации разрешенных к продаже алкогольных напитков. Оптимальный вариант видится не в повышении налогов на предпринимателей, поскольку это может вызвать социальную напряженность и повлечет рост теневой составляющей экономики, дополнительную коррупцию, а в создании привлекательных условий для организации новых направлений производства товарной массы. Реально это возможно и за счет снижения затрат мелкого и среднего бизнеса на энергоресурсы, углеводороды. Одновременно такой подход положительно отразится на снижении безработицы, расширении занятости социально-полезной деятельностью, сокращении, так называемого, совокупного свободного времени, которое, чаще всего и расходуется на удовлетворение извращенной, мнимой потребности в квазиценностях, когда человек стремится быть «как все». Главным в этом случае является, как отмечал А.Ф. Кони, «... не количество выпиваемого в год спирта, а способ его употребления, нравственно и физически разрушительный, легко и незаметно приводящий к пагубной привычке...»⁴.

Совершенно иной подход, в ряду комплексных мер, необходим в отношении лиц, попавших уже не только в психологическую зависимость от алкоголя, как происходит с соблюдением традиций, многочисленных профессиональных и иных праздников, торжеств, корпоративных мероприятий, сопровождающихся обилием алкоголя, а физически зависимым от алкоголя. Сложность состоит в том, что реально излечить от алкоголизма человека невозможно, поскольку усилиями врача, целителя, гипнотизера, можно добиться только воздержания от потребления алкоголя, что является состоянием ремиссии, которая может продолжаться и длительный период времени, но опаснейший синдром патологического влечения к алкоголю у больного сохраняется на всю оставшуюся жизнь. Он просто переходит в латентное (скрытое) состояние и рецидив алкоголизма может быть спровоцирован разовым, небольшим потреблением алкоголя или спиртосодержащей продукции, независимо от периода предшествовавшего воздержания от приема алкоголя⁵.

С учетом данного обстоятельства, выявление и последующее лечение алкоголиков оказывается неэффективным, превращается в нерациональное расходование бюджетных средств. Дополнительная сложность состоит в том, что после прохождения курса лечения, лицо, будучи в состоянии ремиссии, оказывается в кругу тех же людей, которые ранее были его «друзьями» и, в силу неосведомленности, непонимания, недооценки, самонадеянности или злого умысла, легко склоняют, как бы, бывшего алкоголика к употреблению спиртного. А этого единственного срыва вполне достаточно для прерывания периода воздержания и уже не требуется длительный период злоупотребления, как это было до попадания в физическую зависимость от алкоголя. Можно сделать вывод, что бывших алкоголиков не бывает, а это обуславливает необходимость поиска сил, средств, позволяющих создавать для них социально-реабилитирующую обстановку. Тем более это необходимо в связи с утратой данной категорией лиц критического отношения к собственному состоянию, поражается и волевая сфера. По существу, эти больные находятся и после прохождения курса лечения, реабилитации в опасном состоянии, представляя потенциальную угрозу вредного влияния на других, неустойчивых людей. Кроме того, будучи нередко профессионально деградировавшим, без семейных связей, они, в случае прерывания ремиссии, оказываются лишенными, хотя и по их вине, средств к существованию, вынуждены совершать преступления с корыстной мотивацией. Их изоляция в лечебно-трудовые профилактории, по ранее действовавшему законодательству, была вынужденной, но социально востребованной мерой, позволявшей создать для них нормальные санитарно-гигиенические условия, привлекать к сильному труду, препятствовать их разлагающему воздействию на молодежь.

Если же учесть наркотизацию молодежи, растущую внешнюю наркотическую агрессию, увеличивающийся поток всевозможных токсинов в виде курительных смесей, причиняющих колоссальный вред здоровью молодежи, то можно прогнозировать дальнейшее осложнение проблемы. Парадоксально, но по формальным признакам различные компоненты и комбинации курительных смесей не попадают под официальный список наркотических средств и психотропных веществ, утвержденных Правительством РФ, что часто препятствует их своевременному изъятию и помещению в специальные хранилища до выяснения степени их вредности, а процедура всевозможных согласований чрезмерно бюрократизирована. Этим успешно пользуется организованная преступность. Результаты таких «дыр в законе» и подзаконных актах, возможно, оплачены через коррупционные связи, приводят к массовому отравлению молодежи, а иногда с летальным исходом, как, например, случилось в

г. Кирове в сентябре 2014 года, когда 4 человека умерли, а несколько десятков человек госпитализированы... Еще более серьезные последствия в этот же период от употребления курительных смесей с психотропными веществами наступили в г. Сургут, Тюменской области. Примеры контрастные, но, к сожалению, не единственные, свидетельствующие о растущей внешней экспансии и острой необходимости принятия адекватных мер противодействия.

В настоящее время уровень потребления алкоголя в России существенно превышает стандарты Всемирной Организации Здравоохранения, признаваемые опасными для здоровья нации. Наблюдается тенденция все более раннего начала употребления спиртных напитков, что приводит к ускоренной алкоголизации населения, включая лиц женского пола. Законодательная и исполнительная власть предпринимает меры по государственной монополизации производства и распространения алкогольных напитков, упорядочении их реализации по времени, пространству, кругу лиц, но в современных условиях этого явно недостаточно для остановки и последующего снижения уровня алкоголизации населения и особенно детей.

Накопленный опыт показывает, что наиболее действенным звеном в ряду субъектов профилактики противоправного поведения детей и подростков является семья, если она ориентирована на выполнение своих функций и готова качественно выполнить их, создавая нормальные условия для полноценного раннего духовно-нравственного, физического формирования личности. В данной связи есть потребность в поисках путей преодоления кризиса семейного благополучия и, дополнительных стимулов побуждения всех родителей к созданию и сохранению полноценной семьи, выполнению обязанностей, закрепленных в ст. 38 Конституции Российской Федерации и детализированных в главе 12 Семейного кодекса РФ, при более активной позиции государственных структур и обеспечении правовых гарантий. В.Р. Мединский приводит пример вынужденного использования неординарных мер правительством Франции в послевоенные годы, с целью предупреждения рождаемости «генетических, физических и умственных уродов», которые появлялись по причине раннего потребления сухих вин, либо были детьми «веселого ужина»: «... девочек подростков от 14 до 16 лет провели через больницы, в которых содержались жертвы пьяных зачатий. «Больницы» – это условное название, ведь в этих заведениях никто никого не лечил. В них просто содержались маленькие существа, которым не суждено никогда выйти в большой мир. Реакция у девочек была разная... Число пьяных зачатий резко снизилось». Критическое изучение и использование зарубежного опыта может оказаться полезным и для современной России⁶.

¹ Кони А.Ф. К истории нашей борьбы с пьянством. Собрание соч. в 8 томах. М.: Юридическая литература, 1967. Т. 4. С. 372.

² Там же. С. 373.

³ Есенин С. Стихотворения. Поэмы. М.: Художественная литература. 1982. С. 197.

⁴ Кони А.Ф. Цитир. Соч. С. 372.

⁵ Стрельчук И.В. Острая и хроническая интоксикация алкоголем. М.: Медицина. 1973. С. 32.

⁶ Мединский В. О русском пьянстве, лен, дорогах и дураках. М.: Олма. Медиа групп. 2010. С. 19–20.

В.Г. Куранов

*Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь
Пермская государственная медицинская академия им. ак. Е.А. Вагнера
Минздрава России, г. Пермь*

О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ИНИЦИАТИВЕ ДОПОЛНЕНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА НОРМАМИ О РАССМОТРЕНИИ ЗАЯВЛЕНИЙ В ЦЕЛЯХ ПРОВЕДЕНИЯ МЕДИЦИНСКОГО ВМЕШАТЕЛЬСТВА НА ОСНОВАНИИ РЕШЕНИЯ СУДА

Федеральный закон от 21.11.2011 №323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – Закон об охране здоровья, Закон №323-ФЗ)¹ (ст. 20) в качестве обязательного предварительного условия для оказания медицинской помощи и проведения медицинского вмешательства предусматривает информированное добровольное согласие пациента. Самостоятельно пациент дает согласие начиная с 15-летнего возраста.

До достижения несовершеннолетним 15 лет информированное добровольное согласие на медицинское вмешательство в отношении него дают его законные представители.

В отношении недееспособного гражданина информированное добровольное согласие дает его законный представитель, т.е. опекун.

Закрепляя право пациента на согласие, предшествующее медицинскому вмешательству, законодатель признает за пациентом и его законным представителем право на отказ от оказания медицинской помощи. На наш взгляд, такое право не может быть абсолютизировано, особенно когда речь идет о несовершеннолетнем либо недееспособном гражданине, т.е. лице, нуждающемся в повышенной правовой защите.

Полагаем совершенно оправданным наличие в законе об охране здоровья права медицинской организации в судебном порядке выступать в защиту интересов несовершеннолетних и недееспособных граждан. Подобное реагирование возможно при отказе законного представителя несовершеннолетнего либо недееспособного от медицинского вмешательства, при том что медицинское вмешательство необходимо для спасения жизни пациента.

Однако, в соответствии со ст. 154 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ)² гражданские дела рассматриваются и разрешаются судом до истечения двух месяцев со дня поступления заявления в суд, если иные сроки рассмотрения и разрешения дел не установлены настоящим Кодексом. Общие сроки рассмотрения гражданских дел в судах общей юрисдикции не применимы к ситуациям, когда лицо находится в состоянии, способном привести к летальному исходу.

Еще один пробел в ГПК РФ, не учтенный законодателем при принятии нового закона об охране здоровья и препятствующий реализации репродуктивных прав гражданина в полном объеме, заключается в следующем.

В соответствии с ч. 7 ст. 56 Закона №323-ФЗ искусственное прерывание беременности у совершеннолетней, признанной в установленном законом порядке недееспособной, если она по своему состоянию не способна выразить свою волю, возможно по решению суда, принимаемому по заявлению ее законного представителя.

ГПК РФ опять же не предусматривает сроков рассмотрения такой категории дел, отличающихся от общего правила.

Автор в качестве члена рабочей группы Государственной Думы ФС РФ принимал участие в разработке законопроекта «О внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты интересов несовершеннолетнего или лица, признанного в установленном порядке недееспособным»³. Концепция законопроекта заключается в дополнении ГПК РФ двумя новыми процедурами особого производства.

Так, законопроект предусматривает внесение в ГПК РФ главы 35.1 «Защита интересов несовершеннолетнего или лица, признанного в установленном порядке недееспособным, в случае отказа законного представителя от медицинского вмешательства, необходимого для спасения жизни». Устанавливается, что заявление о защите интересов несовершеннолетнего или недееспособного лица может быть подано медицинской организацией в случае отказа одного из родителей или иного законного представителя пациента от медицинского вмешательства в отношении представляемого. При этом медицинское вмешательство должно быть необходимо для спасения жизни пациента.

В законопроекте уточняется подсудность – заявление подается медицинской организацией по месту ее нахождения. К заявлению должно быть приложено мотивированное заключение врачебной комиссии медицинской организации, обосновывающее необходимость проведения медицинского вмешательства именно для спасения жизни пациента.

Ключевым моментом законопроекта является срок рассмотрения заявления медицинской организации. Заявление должно быть рассмотрено судом в течение пяти дней с момента поступления, а при наличии ходатайства медицинской организации – в день поступления заявления.

При рассмотрении самого заявления считаем целесообразным участие прокурора и представителя органов опеки и попечителя.

Рассмотрев по существу заявление, судья принимает решение, которым удовлетворяет или отклоняет заявление. Решение суда об удовлетворении заявления будет являться основанием для проведения медицинского вмешательства в отношении пациента. В случае если медицинским работником была оказана медицинская помощь в экстренной форме до подачи заявления, суд, удовлетворяя заявление, должен подтвердить законность проведенного медицинского вмешательства, непосредственно направленного на устранение угрозы жизни пациента, а также дать согласие на проведение медицинских вмешательств, направленных на завершение лечения пациента.

Также предлагается дополнить ГПК РФ главой 35.2 «Искусственное прерывание беременности у совершеннолетней, признанной в установленном законом порядке недееспособной». С подобным

заявлением имеет право обратиться в суд законный представитель недееспособной, т.е. опекун. Предлагается предусмотреть в кодексе альтернативную подсудность – заявление может быть подано либо по месту жительства самой пациентки, либо по месту жительства заявителя. Обращение в суд возможно вне зависимости от сроков беременности, поскольку наличие психического расстройства (что является основанием для признания лица недееспособным) является медицинским показанием для проведения искусственного прерывания беременности, которое возможно на любом сроке.

Законопроектом также установлен краткий срок рассмотрения заявления – пять дней. Заявление рассматривается с участием самой недееспособной, прокурора, представителя органа опеки и попечительства.

В случае удовлетворения заявления решение суда, будет являться основанием для искусственного прерывания беременности у совершеннолетней, признанной в установленном законом порядке недееспособной.

Рассмотрение законопроекта запланировано на осеннюю сессию Государственной Думы 2014 г. Концепция законопроекта поддержана Комитетом Государственной Думы по охране здоровья.

¹ *Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации*: Федеральный закон от 21.11.2011 №323-ФЗ // СЗ РФ 28.11.2011. №48, ст. 6724.

² *Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации* от 14.11.2002 №138-ФЗ // СЗ РФ 18.11.2002. №46, ст. 4532.

³ *О внесении изменений и дополнений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты интересов несовершеннолетнего или лица, признанного в установленном порядке недееспособным*: законопроект №527279-6. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=527279-6&02> (дата обращения: 15.07.2014).

С.А. Рожков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

О ПРАКТИКЕ НАЗНАЧЕНИЯ СУДАМИ ВИДОВ ИСПРАВИТЕЛЬНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ

Исполнение уголовных наказаний, в том числе и лишение свободы, законодатель относит к прерогативе государства, поскольку они являются мерой государственного принуждения, назначаемой по приговору суда¹.

В уголовно-исполнительном кодексе Российской Федерации законодательно закреплено положение о системе учреждений и органов, которые должны исполнять наказание в виде лишения свободы². Исполнение наказания в виде лишения свободы возложено на исправительные учреждения, к которым относятся: колонии-поселения, исправительные колонии общего, строгого и особого режимов, тюрьмы, воспитательные колонии, лечебные исправительные и лечебно-профилактические учреждения, а также следственные изоляторы.

На исправительные учреждения возлагается и ряд задач. Так, к задачам по достижению целей уголовного наказания (ч. 2 ст. 43 УК РФ) и целей уголовно-исполнительного законодательства (ч. 1 ст. 1 УИК РФ) относятся: обеспечение режима (отбывания) исполнения наказания, организация труда осуждённых, проведение воспитательной работы с осуждёнными, организация получения общего и профессионального образования, обеспечение прав, свобод и законных интересов осуждённых, осуществление социальной защиты персонала и обеспечение его безопасности, проведение оперативно-разыскной деятельности³.

В судебной практике назначения и изменения видов исправительных учреждений имеет место ряд проблем, в связи с чем Пленум Верховного суда Российской Федерации 29 мая 2014 г. принял постановление № 9 «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений»⁴.

Разъясняя принятое постановление, суд обратил внимание нижестоящих судов на то, что при назначении вида исправительных учреждений в рамках ст. 58 УК РФ необходимо учитывать следующие критерии, предусмотренные в этой статье: категорию преступлений, форму вины, вид назначенного наказания (на определённый срок или пожизненно), срок лишения свободы, вид рецидива преступлений, факт отбывания ранее наказания в виде лишения свободы, пол, возраст.

Суд, назначая вид исправительного учреждения по правилам, предусмотренным пунктом «а» ч. 1 ст. 58 УК РФ, придя к выводу о необходимости назначения осуждённому колонии общего режи-

ма вместо колонии-поселения (в случае осуждения за неосторожное преступление или за преступление небольшой или средней тяжести, совершённое лицом, ранее не отбывавшим срок в виде лишения свободы), должен мотивировать принятое решение в приговоре суда. При этом суд должен учитывать обстоятельства совершения преступления и личность виновного, в частности количество совершённых им преступлений, их характер и степень общественной опасности (форму вины, тяжесть наступивших последствий, степень осуществления преступного намерения, способ совершения преступления, роль осуждённого в нём, иные существенные обстоятельства дела); поведение до и после совершения преступления, в том числе отношение к деянию, возмещение вреда, причинённого преступлением, поведение в следственном изоляторе, в исправительном учреждении, если лицо ранее отбывало лишение свободы; наличие судимости; данные об употреблении алкоголя, наркотических и других одурманивающих средств, о состоянии здоровья, наличии иждивенцев и др.

В случае осуждения к лишению свободы за умышленные преступления небольшой или средней тяжести либо за тяжкое преступление лица мужского пола, ранее отбывавшего лишение свободы, при отсутствии рецидива преступлений отбывание наказания назначается в исправительной колонии общего режима.

Изменились также и правила назначения вида исправительной колонии строгого режима. Так, при осуждении к лишению свободы на определённый срок за совершение особо тяжкого преступления лица мужского пола, ранее отбывавшего срок в виде лишения свободы, при отсутствии любого вида рецидива преступлений суд назначает ему исправительную колонию строгого режима.

Имеются особенности назначения наказания в виде лишения свободы на определённый срок с отбыванием в тюрьме. В случае если лицо мужского пола осуждено к лишению свободы на срок свыше пяти лет за совершение особо тяжкого преступления, а также при особо опасном рецидиве преступлений и в соответствии с ч. 2 ст. 58 УК РФ ему назначено отбывание части срока наказания в тюрьме, суд должен мотивировать принятое решение в приговоре и указать в его резолютивной части, какой срок наказания осуждённый должен отбывать в тюрьме и вид исправительного учреждения, в котором он должен отбывать оставшуюся часть срока лишения свободы.

Суд при принятии решения о назначении тюрьмы должен учитывать обстоятельства совершения преступления и личность подсудимого, в частности количество совершённых им преступлений, их характер и степень общественной опасности; поведение до и после совершения преступления, данные о его поведении во время отбывания срока в виде лишения свободы по предыдущим приговорам.

Если лицо мужского пола совершило новое преступление во время отбывания наказания в тюрьме, суду следует назначить ему наказание по совокупности приговоров и указать, какая его часть должна отбываться в тюрьме.

Что касается назначения видов исправительных учреждений женщинам, осуждённым к лишению свободы, то судам следует учитывать, что лицам женского пола, осуждённым к лишению свободы за совершение тяжких и особо тяжких преступлений, независимо от вида рецидива преступлений отбывание лишения свободы назначается в исправительной колонии общего режима, а в остальных случаях – по правилам пункта «а» ч. 1 ст. 58 УК РФ.

Вид исправительного учреждения в отношении лица, не достигшего к моменту вынесения приговора восемнадцатилетнего возраста, назначается судом в соответствии с ч. 3 ст. 58 УК РФ. Отбывание наказания в виде лишения свободы в этом случае назначается в воспитательной колонии.

Судам рекомендовано на основании ч. 7 ст. 88 УК РФ одновременно с приговором выносить определение (постановление), в котором указывать персоналу воспитательной колонии на необходимость учитывать определённые особенности личности несовершеннолетнего (уровень интеллектуального и физического развития, степень педагогической запущенности, склонность к употреблению спиртных напитков, наркотических средств, иные данные, характеризующие личность несовершеннолетнего).

Если лицо, совершившее тяжкое или особо тяжкое преступление в несовершеннолетнем возрасте, на момент вынесения приговора достигло возраста восемнадцати лет, суду следует назначить ему отбывание наказания в исправительной колонии общего режима.

В случае осуждения лица мужского пола за преступления, часть из которых совершена им до достижения возраста восемнадцати лет, а другая часть – после, суду необходимо учитывать, преступления какой категории были совершены в каждый из этих периодов. Если особо тяжкое преступление было совершено лицом до достижения возраста восемнадцати лет, а после достижения этого возраста совершено умышленное преступление средней тяжести, то лицу надлежит назначить исправительную колонию общего режима. И наоборот, если до достижения возраста восемнадцати лет лицом со-

вершено умышленное преступление средней тяжести, а после достижения этого возраста совершено особо тяжкое преступление, то отбывание наказания будет назначено в исправительной колонии строгого режима.

Таковы некоторые особенности, имеющие место в судебной практике назначения судами видов исправительных учреждений, рассмотренных в постановлении Пленума Верховного суда Российской Федерации «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений» № 9 от 29 мая 2014 г.

¹ См.: ст. 43, 58 УК РФ

² См.: ч. 9 ст. 16, ч. 1 ст. 73 и ст. 74 УИК РФ

³ Уголовно-исполнительное право: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. С. Я. Лебедева. М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2012.

⁴ Российская газета №6393 от 30 мая 2014 г.

В.В. Степанов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ЮРИДИЧЕСКУЮ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ, В СИСТЕМЕ ПРАВА РОССИИ: ОПЫТ ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Изучение межотраслевого института обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, до настоящего времени происходило главным образом на базе науки уголовного права. Следует отметить наличие целого ряда комплексных исследований феномена обстоятельств, исключающих преступность деяния¹, а также большой вклад криминалистов в общетеоретический анализ рассматриваемого института. Глубокому научному анализу были подвергнуты и конкретные обстоятельства, исключающие преступность деяния². В то же время, учитывая очевидный межотраслевой характер проблемы обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, можно констатировать недостаточность средств уголовно-правовой науки для ее системного исследования. Однако теоретики права до настоящего времени чаще всего ограничивали анализ института целями исследования более общего характера (как правило, юридической ответственности) либо учебными целями.

Действующее законодательство России содержит широкий массив нормативных предписаний, регламентирующих применение института обстоятельств, исключающих юридическую ответственность. Указанные предписания расположены в различных отраслях права (уголовном, гражданском, административном, трудовом и др.) и находятся в системе межотраслевого института юридической ответственности.

Важно отметить, что достаточно полное институциональное оформление обстоятельства, исключающие юридическую ответственность, получили лишь в Уголовном кодексе РФ, гл. 8 которого регламентирует применение семи таких обстоятельств: необходимой обороны, крайней необходимости, причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, физического и психического принуждения, обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения. В Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях прямо называется только одно из указанных обстоятельств – крайняя необходимость (ст. 2.7), в Гражданском кодексе РФ – необходимая оборона (ст. 1066) и крайняя необходимость (ст. 1067). Формулируя соответствующие положения в Трудовом кодексе РФ и Налоговом кодексе РФ, законодатель посвятил им всего по одной статье, в которых перечислил обстоятельства, исключающие юридическую ответственность. Примечательно в последнем случае то, что оба нормативных правовых акта содержат институты и штрафной (дисциплинарная – гл. 30 ТК РФ; налоговая штрафная – гл. 15 и 16 НК РФ) и праввосстановительной юридической ответственности (материальная ответственность сторон трудового договора – раздел XI ТК РФ; налоговая праввосстановительная – ст. 75 НК РФ)³. При этом ст. 239 ТК РФ сформулирована применительно лишь к положениям о материальной ответственности, а в ст. 111 НК РФ называются обстоятельства, исключающие вину лица в совершении налогового правонарушения, влекущего штрафную ответственность.

Помимо перечня обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, значительно разнятся и сами правила применения указанного института, в том числе детальность законодательных формулировок, последствия применения. В этом плане наибольшей точностью обладают, как и в предыдущем случае, соответствующие положения УК РФ, содержащие, как правило, достаточно по-

дробные предписания относительно применения каждого из таких обстоятельств. И напротив, в уже приводившейся ст. 239 ТК РФ говорится лишь о том, что материальная ответственность работника исключается в случаях возникновения ущерба вследствие непреодолимой силы, нормального хозяйственного риска, крайней необходимости или необходимой обороны либо неисполнения работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества, вверенного работнику, – что явно недостаточно. Как представляется, также должны быть уточнены и раскрыты правила применения обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, в ГК РФ, КоАП РФ и иных нормативных правовых актах, их предусматривающих.

В ст. 1067 ГК РФ предусмотрено правило о том, что вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, то есть для устранения опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами, должен быть возмещен лицом, причинившим вред. Учитывая обстоятельства, при которых был причинен такой вред, суд может возложить обязанность его возмещения на третье лицо, в интересах которого действовал причинивший вред, либо освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинившего вред. Таким образом, несмотря на то что в данном случае возмещение вреда лицом, причинившим его в состоянии крайней необходимости, нельзя считать ответственностью уже в силу отсутствия в его деянии состава правонарушения и противоправного деяния как такового⁴, такое возмещение, тем не менее по общему правилу ложится именно на лицо, причинившее вред. В то же время соответствующие положения института материальной ответственности сторон трудового договора подобных правил не содержат, а только исключают ответственность лица, действовавшего в условиях крайней необходимости. Ст. 22 Федерального закона от 21.12.1994 № 69-ФЗ «О пожарной безопасности» также содержит норму о том, что личный состав пожарной охраны, иные участники тушения пожара, ликвидации аварии, катастрофы, иной чрезвычайной ситуации, действовавшие в условиях крайней необходимости и (или) обоснованного риска, от возмещения причиненного ущерба освобождаются.

Обозначенные различия требуют объяснения на общетеоретическом уровне путем проведения комплексных межотраслевых исследований, которые призваны определить пути унификации положений института обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, указать на возможные их особенности применительно к конкретным видам юридической ответственности, установить перечень таких обстоятельств. Решение указанных задач возможно лишь на базе определения правовой природы рассматриваемого правового явления и его признаков, формулирования понятия, а также выявления места обстоятельств, исключающих юридическую ответственность, в системе права, уточнения соотношения со смежными правовыми феноменами, в частности, с составом правонарушения и основаниями освобождения от юридической ответственности.

¹ См., например: *Дорогин Д.А.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. М., 2013; *Пархоменко С.В.* Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости: дис. ... д-ра юрид. наук. Иркутск, 2004; *Блинников В.А.* Система обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002; *Баулин Ю.В.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния. Харьков, 1991; *Дурманов Н.Д.* Обстоятельства, исключающие общественную опасность и противоправность деяния. М., 1961; *Слуцкий И.И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л., 1956.

² См., например: *Винокуров В.Н.* Крайняя необходимость как обстоятельство, исключающее преступность деяния: дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 1999; *Гринберг М.С.* Проблема производственного риска в уголовном праве. М., 1963; *Якубович М.И.* Необходимая оборона и задержание преступника. М., 1978.

³ См., например: *Витрук Н.В.* Общая теория юридической ответственности. М., 2008. С. 35 и др.; *Вопленко Н.Н.* О понятиях «вид» и «подвид» юридической ответственности // Ленинградский юридический журнал. 2006. №2. С. 41–53; *Липинский Д.А.* Проблемы юридической ответственности / под ред. Р.Л. Хачатурова. СПб., 2003. С. 299–300, 308–309 и др.

⁴ См., например: *Малеин Н.* Возмещение вреда, причиненного в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости // Советская юстиция. 1964. №20. С. 25; *Матвеев Г.К.* Основания гражданскоправовой ответственности. М., 1970. С. 7; *Алексеев С.С.* Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 74; *Кожневников С.Н.* Теория права: курс лекций. Ч. 2: Нормы права, правоотношения, правосознание и правовая культура, действие права. Н. Новгород, 2006. С. 316–317.

ЭКСТРЕМИЗМ В РЕГИОНАЛЬНЫХ ПРОЯВЛЕНИЯХ

Безусловно, проблемы связанные с проявлениями экстремизма приобрели особый интерес. Хорошо изучена правовая база, поставлены вопросы эффективности противодействия, произведена классификация и т.д.

Не вдаваясь в дискуссионные рассуждения, автор пытается раскрыть элементы региональных характеристик по Пермскому краю.

В 2013 году на территории края зарегистрировано 13 сообщений о противоправных деяниях, подпадающих под признаки деяний экстремисткой направленности, по результатам рассмотрения возбуждено 8 уголовных дел; 4 дела по ч.1 и ч.2 ст. 282.2 УК РФ; 1 по ч. 2 ст. 280 УК РФ; 2 – по ч. 2 ст.116 УК РФ; 1 – по ч.1 ст. 213 УК РФ.

По 3 сообщениям о противоправных деяниях экстремисткой направленности следственными органами и органами дознания приняты процессуальные решения об отказе возбуждения уголовного дела. По двум сообщениям процессуальные решения по состоянию на 31.12.2013 не приняты.

Так, по результатам рассмотрения представленных ЦПЭ ГУ МВД России по Пермскому краю результатов ОРД об организации деятельности, запрещенного на территории Российской Федерации международного религиозного объединения «Нурджулар» 19 апреля 2013 года СЧ ГУ МВД России по ПФО возбуждено уголовное дело №160308 по ч. 1 ст. 282.2 УК РФ.

Постановлением следователя управления ФСБ России по Пермскому краю от 29 июля 2013 года по результатам рассмотрения представленных прокуратурой края в порядке п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ материалов по факту публикации на страницах газеты «Звезда» статьи «Истерия по пугачевски» возбуждено уголовное дело №9021 поч. 2 ст. 280 УК РФ.

В целом, учитывая незначительное число зарегистрированных сообщений о преступлениях и возбужденных уголовных делах, каких-либо закономерностей и тенденций в совершении противоправных деяний экстремисткой направленности (латентного характера) не выявлено.

Однако есть и некоторые, представляющие интерес особенности.

Прочитируем А.И. Долгову. «Научный редактор журнала «Эксперт» А.Привалов пишет «...что обвинениями в экстремизме начнут швыряться так бездумно, как было трудно предположить... Орловский пенсионер, 71 летний Петр Гагарин. Выступает на митинге против роста цен на услуги ЖКХ и неодобрительно отзывается о губернаторе области, 70 летним Егоре Строеве: он-де лжец – все село загубил, а рассказывает про расцвет фермерства... Губернатор пишет на своего погодка в прокуратуру, а прокурор заводит на старика дело. Дело уже в суде – пенсионеру светит три года за экстремизм».

То есть имеет место приобретающая массовый характер ситуация когда представители разноуровневой администрации, в целом ряде случаев весьма успешно и беспрепятственно используют уголовный закон в личных целях. В нашем случае имело место следующая ситуация, по которой автору было поручено дать заключение.

17.02.2010 г., в следственных отдел по городу Березники Следственного управления Следственного Комитета при прокуратуре РФ по Пермскому краю поступило заявление от гражданина М. о нарушении законодательства о средствах массовой информации, о возбуждении ненависти либо вражды, о наличии признаков экстремисткой деятельности в тексте статьи под названием «Оккупанты», в которой содержатся негативные высказывания в адрес местной администрации.

Из заявления следует, что с 04.02.2010 г., в сети Интернет на сайте <http://www.beriki.ru/2010/02/04/okkupantu> распространяются данные материалы.

К постановлению следователя прилагалось лингвистическое заключение специалиста одного из уважаемых институтов г. Москвы, которое наряду с опубликованными материалами также являлось предметом изучения.

В общих выводах московский автор прямо указывает на экстремистское содержание публикации, подменяя законодательные установки собственным мнением. Сделанное нами правовое заключение было прямо противоположным, что и было воспринято судом.

В частности указали, что в рассматриваемой ситуации в любом случае возбуждение ненависти либо вражды не производилось не по одному из признаков, указанных в законе. В статье «Оккупанты» содержится критика конкретных должностных и иных лиц упоминается имя бывшего главы города, а не возбуждается ненависть, по отношению например к социальной группе чиновников.

В то же время, распространение указанных сведений может рассматриваться, как порочащее честь и достоинство соответствующего лица или клевета. Суд согласился с данной позицией.

Вызывает интерес, назовем явление так – «листовочная реакция», когда по тому или иному поводу расклеиваются листовки, делаются надписи и т.д. В целом ряде случаев они вызывают обеспокоенность и авторов-организаторов необходимо выявлять как, например появление лозунга – «Русские свиньи – на кавказе вам смерть» (один из городов Пермского края).

Любопытна реакция населения на некоторые из таких событий. Так два пенсионера написали заявление в УФСБ с просьбой привлечь авторов листовки «Баный день» к ответственности за экстремизм (ЛДПР). По их мнению она подрывает авторитет правящих структур. При изучении текста установлено, что содержание носит проправительственный характер.

Вот другой пример. Село Юрла – центр одного из районов Коми-Пермяцкого национального округа. Снова листовка, отражающая конфликт на национальной почве носящий длительный, тлеющий характер. Приведем всего лишь выдержку.

«Высказывания – виновные получили наказание – стало очередным показом кавказского беспредела в нашем районе. В очередной раз проявился уровень отношений кавказской клановости и местных правоохранительных органов, местных властей и гражданского населения... Зачем нам такая команда законопоярочных, которые погрязли в коррупции и взяточничестве, лицемерии и лжеуправстве».

Таких обращений, разных по характеру напряженности было несколько. Давая экспертное заключение по одному из них – «Обращение к Коми-Пермяцкому народу» (национальные конфликты) отметим следующее.

В тексте листовки содержится действительная фактологическая информация, объективно отражающая положение дел касающихся пребывания представителей данной национальной группы на территории Коми округа. Они создают обстановку социальной напряженности и по существу демонстрируют грубейшее нарушение общепризнанных принципов и норм права в отношении местного населения, оставаясь при этом абсолютно безнаказанными. Практически всегда совершают свои действия организованными группами с применением насилия. Следует констатировать совпадение их поведения с признаками состава статьи 282 УК РФ, что никак не отражается в правоприменительной практике. Практически всегда такого рода поступки носят публичный характер.

Данное «Обращение» является свидетельством отчаяния жителей Округа, доведенных вызывающе – оскорбительным поведением названных группировок, при полном попустительстве властей до состояния крайней беззащитности.

Текст обращения к Коми-пермяцкому народу является всего лишь комментированием событий, действительно происшедших в округе. Свобода мысли и слова гарантированы ст. 29 Конституции РФ следовательно, авторы документа действуют в Конституционном поле.

В.Г. Шумихин

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕОБХОДИМАЯ ОБОРОНА С ПРИМЕНЕНИЕМ АВТОМАТИЧЕСКИ СРАБАТЫВАЮЩИХ ИЛИ АВТОНОМНО ДЕЙСТВУЮЩИХ СРЕДСТВ ИЛИ ПРИСПОСОБЛЕНИЙ

Пленум Верховного Суда РФ в постановлении №19 от 27 сентября 2012г. «О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление» впервые изложил свою позицию о возможности необходимой обороны с использованием различных приспособлений и устройств: «правила необходимой обороны распространяются на случаи применения не запрещенных законом автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений для защиты охраняемых уголовным законом интересов от общественно опасных посягательств. Если в указанных случаях причиненный посягающему вред явно не соответствовал характеру и опасности посягательства, содеянное следует оценивать как превышение пределов необходимой обороны. При срабатывании (приведение в действие) таких средств

или приспособлений в условиях отсутствия общественно опасного посягательства содеянное подлежит квалификации на общих основаниях»¹.

Анализ данного пункта постановления позволяет выделить целый ряд проблем. Рассмотрим лишь одну из них. Во-первых, не определен примерный круг автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений. Есаков Г. считает, что Верховный Суд РФ по буквальному толкованию упускает из виду автоматически действующие предметы и вещества, например, яды в напитках, газы, задымление и т.п. Он предлагает широкую трактовку понятия устройств, приспособлений, предметов и веществ и деление их на пугающие и причиняющие вред здоровью человека². Такое расширение круга средств и приспособлений за счет включения пугающих средств (сирена, сигнальные огни и т.п.) не является конструктивным. Пугающие средства не могут рассматриваться как средства необходимой обороны, поскольку они не могут причинить вред посягающему, а суть необходимой обороны заключается именно в этом. В круг средств необходимой обороны могут быть включены только предметы, устройства и вещества, причиняющие вред посягающему. Только угроза или фактическое причинение вреда здоровью или даже жизни посягающего способны отразить общественно опасное посягательство.

В комментариях некоторых ученых проводится позиция о недопустимости защиты жизни и здоровья с помощью указанных средств и приспособлений. Так, утверждается, что такими способами можно защищаться только от общественно опасного посягательства, сопряженного с посягательством на собственность, например, при пресечении кражи, грабежа. Соответственно причинение смерти или тяжкого вреда здоровью посягающего всегда должно будет оцениваться как превышение пределов необходимой обороны³. Другие авторы полагают, что использование предохранительных предметов, веществ и устройств, следствием чего стало причинение тяжкого вреда здоровью посягающего, никогда не образует превышения пределов необходимой обороны. Но причинение смерти в рассматриваемой ситуации всегда образует превышение пределов необходимой обороны⁴. Полагаем, что та и другая позиция не в полной мере соответствуют законодательным положениям о необходимой обороне. Законодатель, закрепляя право на необходимую оборону сформулировал ее общие правила в виде условий правомерности необходимой обороны, в частности среди других условие соразмерности средств защиты характеру и опасности посягательства. Поэтому нельзя заранее исключить случаи соразмерного использования автоматически срабатывающих или автономно действующих средств или приспособлений для защиты жизни и здоровья обороняющегося и других лиц.

Дискуссионным является и разъяснение Пленума Верховного Суда РФ о допустимости автоматически срабатывающих и автономно действующих средств и устройств, не запрещенных законом. На первый взгляд исключают необходимую оборону применение для защиты таких средств как взрывчатые вещества, взрывные устройства, ядовитые вещества. Последовательна позиция авторов, считающих, что использование указанных запрещенных законом средств не исключает состояния и правомерности необходимой обороны, однако это не исключает для обороняющегося уголовной ответственности за их незаконный оборот (например, по ст.ст.222, 228, 234 УК РФ)⁵. Действительно, условие соразмерности защиты даже такими запрещенными законом средствами характеру и опасности посягательства при наличии других условий правомерности относящихся к посягательству и к защите, однозначно будет свидетельствовать о правомерной необходимой обороне. Вопрос же о незаконном обороте предметов и веществ, которые использовались как средства защиты, должен решаться отдельно и на общих основаниях.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ следовало бы разъяснить, что под автономно действующими средствами следует понимать, в том числе предметы и вещества. Также указать на то, что использование запрещенных законом средств и устройств не исключает правомерности необходимой обороны, но предполагает уголовную ответственность за их незаконный оборот по соответствующим статьям Уголовного кодекса РФ.

¹ См.: *О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление*: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2012 г №19 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. №11. С.5.

² См.: *Есаков Г.* Использование предохранительных устройств при защите имущества и необходимая оборона // Уголовное право. 2013. №1. С. 20.

³ См.: *Гарбатович Д.* Право на необходимую оборону в разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ // Уголовное право. 2013. №1. С. 16.

⁴ 4 См.: *Есаков Г.* Указ. раб. С. 21.

⁵ См.: *Шамардин Е.А.* Уголовно-правовая оценка использования автоматически срабатывающих и автономно действующих приспособлений. URL: <http://conf.omui.ru/content/ugolovno-pravovaya-ocenka-ispolzovaniya-avtomaticheski-srabatyvayushchih-i-avtonomno> (дата обращения: 02.09.2014); *Г. Есаков* Указ. раб. и др

VII. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

А.Б. Афанасьев, С.И. Афанасьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

РАЗГЛАШЕНИЕ БАНКОВСКОЙ ТАЙНЫ: ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ОБЪЕКТА ПРИ КВАЛИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Одним из объектов преступления, предусмотренного ст. 183 УК РФ «Незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну», является банковская тайна. Уголовное право не раскрывает данную дефиницию, в связи с чем следует обратиться к другим отраслям права, которые регулируют институт банковской тайны.

Действующее гражданское законодательство Российской Федерации регулирует отношения по поводу банковской тайны в двух нормативных актах: Гражданском кодексе РФ (ст. 857) и Федеральном законе РФ «О банках и банковской деятельности» (ст. 26). Несмотря на то, что обе эти нормы не содержат определения «банковской тайны», они заслуживают весьма пристального внимания по отношению к субъектам и объекту банковской тайны. Регулирование, установленное в вышеназванных нормах, достаточно серьезно отличается как по субъектному составу, так и по объекту правового регулирования. В связи с этим в научной литературе, среди практических работников и юридической общественности продолжительное время ведутся дискуссии относительно того, какую из норм следует применять в правоприменительной деятельности. Думается, что такая конкуренция норм в регламентации банковской тайны недопустима, поскольку положения ст. 857 ГК РФ направлены в первую очередь на регулирование отношений, возникающих из договоров банковского счета (ст. 857 помещена в главе 45 ГК РФ «Банковский счет») и банковского вклада в силу п. 1 ст. 857 ГК РФ.

Поэтому в правоприменительной практике следует их не разделять, а применять subsidiarily, поскольку данные нормы по своему содержанию не противоречат друг другу, а взаимно дополняют.

С позиции уголовно-правового регулирования наибольшее значение имеет правильное определение объема информации, составляющего банковскую тайну, поскольку от этого зависит и надлежущая правовая квалификация деяния, предусмотренного ст. 183 УК РФ. В соответствии с п. 1 ст. 857 ГК РФ банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте. Таким образом, правовой защите подлежат любые сведения о банковском счете (владелец счета, номере счета, банке, в котором открыт счет, виде банковского счета, остатке денежных средств на счете), банковском вкладе (персональные данные о вкладчике, виде и сроке вклада, процентной ставке, сумме вклада, периодичности уплаты процентов), об операциях по счету (как приходных, так и расходных), суммах операций, контрагентах (как плательщиках, так и получателях денежных средств (причем в полной мере эти сведения будут распространяться и на договор банковского вклада, поскольку по депозитному счету физического лица также могут совершаться расчетные операции), а также сведения о клиенте.

Законодатель не раскрывает понятие «клиент банка», однако из системного толкования норм ГК РФ можно установить, что к такой категории относятся клиенты по договору банковского счета и вкладчики по договору банковского вклада, включая корреспондентов кредитной организации, поскольку, в соответствии со ст. 860 ГК РФ, правила гл. 45 ГК РФ распространяются на корреспондентские счета, корреспондентские субсчета и другие счета банков. Таким образом, ГК РФ относит к сведениям, составляющим банковскую тайну, информацию, которая стала известна кредитной организации исключительно в связи с заключенными договорами банковского счета и банковского вклада.

Статья 26 закона «О банках и банковской деятельности» устанавливает иной перечень информации, составляющий банковскую тайну: сведения об операциях, о счетах и вкладах клиентов и корреспондентов, а также иные сведения, отнесенные кредитной организацией к банковской тайне, если это не противоречит федеральному закону. Данный перечень не может рассматриваться как однозначный в силу целого ряда причин. Прежде всего необходимо исследовать такой элемент, как «операция». Действующее законодательство РФ использует данный термин как минимум в двух смыслах.

Во-первых, понятие «операция» используется в рамках договора банковского счета и оно самым тесным образом связано с банковским счетом. Собственно, операции по счету представляют со-

бой действия кредитной организации по зачислению и списанию денежных средств со счета клиента в связи с принятием и зачислением поступающих на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежных средств, выполнением распоряжений клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведением других операций по счету. В полной мере использование данного термина применимо и к депозитному счету, который открывается вкладчику по договору банковского вклада.

Во-вторых, термин «операции» используется законодателем в ст. 5 закона «О банках и банковской деятельности». Названная норма понимает под банковскими операциями гражданско-правовые сделки, для осуществления которых необходима лицензия Банка России. Перечень банковских операций, перечисленных в ст. 5 указанного Закона, является исчерпывающим. Если понимать под операциями, на которые распространяется режим банковской тайны, именно их, то в этом случае кредитная организация обязана соблюдать тайну в отношении всех операций, названных в данной статье. Однако, как показывает судебная практика, в правоприменительной деятельности судов общей юрисдикции наблюдается иной подход: содержание кредитного договора составляет не банковскую, а служебную тайну, уголовная ответственность за разглашение которой третьим лицам не предусмотрена (определение Конституционного Суда РФ от 22 ноября 2012 г. №2192-О). Таким образом, суды общей юрисдикции при рассмотрении вопроса о законности и обоснованности возбуждения уголовного дела по ст. 183 УК РФ исходят не из широкого, а узкого толкования термина «операция», сводя ее понятие до операций по счету. Такой подход исключает из круга информации, подлежащей охране, такие банковские операции, как кредитование, выдача банковских гарантий, переводы денежных средств по поручениям физических лиц без открытия банковского счета и некоторые другие.

В то же время арбитражная практика свидетельствует о совершенно полярном подходе: арбитражные суды исходят из того, что заемщик по кредитному договору имеет право на сохранение информации о его банковском счете (в данном случае речь идет о ссудном счете заемщика), операциях по этому счету, а также сведениях, касающихся самого заемщика. Данная информация является тайной и разглашение такой информации третьим лицам, не указанным в законе, нарушает его права (Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 июля 2011 г. №ВАС-8679/11).

Вышеизложенное свидетельствует о сложившихся в практике судов Российской Федерации двух абсолютно диаметральных подходах к понятию «банковская тайна», что приводит к неопределенности в правоприменении не только судами, но и органами предварительного расследования норм ст. 183 УК РФ и нарушению важнейших конституционных принципов – верховенства закона и равенства всех перед законом и судом (ст. 15, 19 Конституции РФ).

Конституция Российской Федерации закрепляет обязанность государства в целях соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина как высшей ценности обеспечивать баланс между охраной публичных и частных интересов в законодательстве и правоприменении, свободу экономической деятельности и свободное предпринимательство. Любые отступления от данных установлений должны быть основаны на законе, отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, соразмерными и необходимыми для защиты конституционно значимых ценностей.

В связи с этим законодателю необходимо усовершенствовать правовую регламентацию понятия «банковская тайна», в которое следует включить любые сведения, ставшие известными кредитной организации при осуществлении банковской деятельности (как банковские операции, так и сделки, поименованные в ст. 5 Федерального закона РФ «О банках и банковской деятельности»). Причем в равной степени указанное положение должно распространяться как на бывших контрагентов кредитной организации, так и на несостоявшихся клиентов кредитной организации в силу самого факта предоставления банку установленной законом информации.

Данное законодательное решение будет способствовать правовому регулированию отношений, связанных с охраной банковской тайны, в том числе надлежащей деятельности органов предварительного расследования и судов Российской Федерации.

**ОБЪЕДИНЕНИЕ ВЫСШИХ СУДОВ КАК ОДНО ИЗ УСЛОВИЙ ЭФФЕКТИВНОГО
РАЗРЕШЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ И УГОЛОВНЫХ ДЕЛ
О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ**

1. В России ежегодно регистрируется порядка 600 тысяч преступлений экономической направленности, значительная часть которых является преступлениями тяжкими и особо тяжкими. Даже без учета латентной преступности в стране, например, в 2012 г. зарегистрировано около 28 млн заявлений и сообщений о совершении преступлений, возбуждено же около 2 млн уголовных дел, в судах рассмотрено чуть менее 1 млн дел¹. Причин создавшегося положения несколько. Мы бы хотели привлечь внимание к одной из них – рассогласованности норм УПК, ГПК, АПК РФ, регулирующих межотраслевой институт преюдиции. Данное обстоятельство не способствует своевременному возбуждению ряда уголовных дел данной категории, их эффективному расследованию и разрешению в судах, препятствует надлежащей защите прав, законных интересов подозреваемых, обвиняемых и потерпевших.

2. Статьями 28 УПК, 50 ГПК РСФСР была закреплена межотраслевая, опровержимая преюдиция. Однако в ходе проведения судебной реформы, начавшейся в России с 1991 г., данное положение изменилось. Если ГПК РФ (ст. 61), АПК РФ (ст. 69) закрепляли межотраслевую преюдицию, то ст. 90 УПК РФ предусматривала, что обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда. Стало быть, данная норма, в отличие от ГПК и АПК, закрепляла отраслевую преюдицию.

3. **Отсутствие необходимого обсуждения, согласованности позиций специалистов в уголовном, гражданском, арбитражном процессах в понимании содержания межотраслевого института преюдиции выразилось в его противоречивом законодательном закреплении и негативно отразилось на следственной и судебной практике.** Полный отказ законодателя в сфере уголовного судопроизводства от межотраслевой преюдиции привел на практике к ситуациям, когда в отношении конкретных лиц были вынесены в их пользу вступившие в законную силу судебные решения в сфере арбитражного, гражданского судопроизводства и параллельно по тем же фактам в отношении этих же лиц по признакам преступления возбуждались уголовные дела.

15 января 2008 г. Конституционным Судом РФ было принято определение №193 – О-П по жалобе гражданина Суринова Т.Р. на нарушение его конституционных прав статьей 90 УПК РФ. **В преддверии внесения изменений в УПК РФ, с учетом данного определения Конституционного Суда, надо полагать, согласованности позиций специалистов в 3 сферах судопроизводства относительно конструкции статьи 90 УПК РФ, не последовало.** В результате федеральным законом от 29.12.2009 г. №383-ФЗ ст. 90 УПК была изменена. Содержание ее по настоящее время выглядит следующим образом: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем **без дополнительной проверки.** При этом такие приговоры или решения не могут предрешать виновность лиц, не участвующих ранее в рассматриваемом деле». Закрепление в законе неопровержимой преюдиции привело к другому «крену» в практике. У следователей, дознавателей, прокуроров не осталось возможности преодолеть преюдициальную силу вступивших в законную силу судебных решений, принятых в гражданском, арбитражном судопроизводствах несмотря на то, что к тому в ряде случаев были реальные основания.

4. Выход из создавшейся ситуации искали, главным образом, специалисты в сфере уголовного судопроизводства. 16 июня 2011 г. в Государственной Думе РФ состоялось заседание Комитета по безопасности на тему «О совершенствовании института преюдиции в уголовно-процессуальном законодательстве РФ». Ряд участников данного заседания с тревогой обсуждали создавшееся на практике положение. Представитель Следственного департамента при МВД РФ Сычев П.Б. сообщил, что «В производстве наших следователей ежегодно находятся от 200 до 500 уголовных дел о рейдерских захватах предприятий. Добрая половина этих дел – это так называемые "рейдерские захваты через

судебные решения"». (Стенограмма «круглого стола» Комитета по безопасности на тему «О совершенствовании института преюдиции в уголовно-процессуальном законодательстве РФ» 16.06.2011 [http://komitet2 – 16.rm.duma.gov.ru](http://komitet2-16.rm.duma.gov.ru)).

Председателем комиссии Государственной Думы по законодательному обеспечению противодействия коррупции, членом Комитета по безопасности А.Н. Волковым для обсуждения в Госдуму был внесен законопроект «О внесении изменения в статью 90 УПК РФ» следующего содержания:

Статья 90. Преюдиция

1. Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором суда, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки.

2. Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, за исключением случаев, когда эти обстоятельства опровергаются доказательствами, собранными в ходе производства по уголовному делу и проверенными в порядке, предусмотренном статьей 87 настоящего Кодекса.

3. При наличии фактических данных, свидетельствующих о недостоверности одного или нескольких обстоятельств, установленных решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, судья, следователь, дознаватель выносит постановление, а суд – определение о признании обстоятельств, установленных решением суда не имеющими преюдициальную силу, в котором указывает:

– решение суда, установившего обстоятельства, признаваемые не имеющими преюдициальную силу;

– перечень и содержание обстоятельств, признаваемых не имеющими преюдициальную силу;

– доказательства, свидетельствующие о недостоверности каждого из обстоятельств, признаваемых не имеющими преюдициальную силу;

– решение о признании определенных обстоятельств не имеющими преюдициальную силу, и продолжении уголовного судопроизводства исходя из обстоятельств, установленных по уголовному делу.

4. После вступления в законную силу приговора, в котором обстоятельства, установленные решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются не имеющими преюдициальную силу, судья, вынесший приговор, направляет его копию прокурору для принятия мер, направленных на отмену решения суда, основанного на фактических данных, противоречащих приговору, при наличии к тому оснований, предусмотренных законодательством о гражданском или административном судопроизводстве (Проект федерального закона №525311-5 от 21 апреля 2011 г. «О внесении изменения в статью 90 УПК РФ» // www.duma.gov.ru). По мнению членов научно-консультативного совета при прокуратуре Пермского края и автора настоящей статьи, внесенный в Госдуму проект федерального закона (№525311-5), предусматривающий изменение содержания ст. 90 УПК РФ, заслуживал одобрения. Вместе с тем, нуждался в совершенствовании. Уже тогда ч. 1 ст. 90 предлагалось изложить в следующей редакции: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором суда (за исключением приговоров, постановленных в порядке глав 40 и 40.1 УПК РФ), признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки». (Поскольку судебное разбирательство, в соответствии с главами 40 и 40.1 УПК РФ не проводится, фактические обстоятельства устанавливаются без исследования судом доказательств, то приговоры, постановляемые в этих случаях, преюдициального значения иметь не могут).

Представляется, что ч. 2 ст. 90 законопроекта целесообразно было изложить в следующей редакции: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, за исключением случаев, когда эти обстоятельства опровергаются **доказательствами, полученными в соответствии с требованиями настоящего Кодекса в ходе производства по уголовному делу**».

Часть 3 статьи предлагалось изложить в следующей редакции: «При наличии фактических данных, свидетельствующих о недостоверности одного или нескольких обстоятельств, установленных решением суда в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства следователь, с согласия руководителя следственного органа, дознаватель с согласия прокурора, возбуждает перед судом ходатайство о признании обстоятельств, установленных решением суда, не имеющими преюдициальной силы, о чем выносит постановление, в котором указывает:

- решение суда, установившего обстоятельства, которые необходимо признать не имеющими преюдициальной силы;
- перечень и содержание обстоятельств, которые необходимо признать не имеющими преюдициальной силы;
- доказательства, свидетельствующие о недостоверности каждого из обстоятельств, которые необходимо признать не имеющими преюдициальной силы.

При наличии фактических данных, свидетельствующих о недостоверности одного или нескольких обстоятельств, установленных решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, суд по ходатайству сторон, либо по собственной инициативе выносит определение о признании обстоятельств, установленных решением суда, не имеющими преюдициальной силы, в котором указывает: 1) решение суда, установившего обстоятельства, признаваемые не имеющими преюдициальной силы; 2) перечень и содержание обстоятельств, признанных не имеющими преюдициальной силы; 3) доказательства, свидетельствующие о недостоверности каждого из обстоятельств, признаваемых не имеющими преюдициальной силы; 4) решение о признании определенных обстоятельств не имеющими преюдициальной силы».

Часть 4 ст. 90 УПК РФ целесообразно было изложить в следующей редакции: «После вступления в законную силу приговора, в котором обстоятельства, установленные решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются не имеющими преюдициальной силы, судья, вынесший приговор, направляет его копию прокурору для принятия мер, направленных на отмену решения суда, основанного на обстоятельствах, противоречащих приговору, при наличии к тому оснований, предусмотренных законодательством о гражданском, арбитражном или административном судопроизводстве»².

5. Между тем Конституционный Суд РФ 21 декабря 2011 г. принял Постановление №30-П «по делу о проверке конституционности положений ст. 90 УПК РФ в связи с жалобой граждан В.Д. Влащенко и Е.А. Власенко. Многие правоприменители во всяком случае сделали для себя вывод о том, что не следует в каждой ситуации буквально понимать слова «без дополнительной проверки». Однако вопросы по осмыслению данного документа остаются. В законе же по-прежнему нет ответа на вопрос о субъектах и порядке инициирования деятельности по опровержению преюдициальной силы судебных решений.

6. Заключением от 5 сентября 2013 г. №62 (7) Комитет Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству рекомендовал Госдуме отклонить проект федерального закона №525311-5 «О внесении изменения в статью 90 УПК РФ». Одним из доводов являлось то, что ни прокурор, ни следователь, ни дознаватель, ни суд, рассматривающий иное дело, не вправе признавать незаконными доказательства, проверенные ранее вступившим в силу решением суда. Таким правом обладает лишь вышестоящий суд, осуществляющий производство в апелляционном, кассационном и надзорном порядке либо производство ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств в соответствии с положениями, предусмотренными соответственно Уголовно-процессуальным, Гражданским процессуальным и Арбитражно-процессуальным кодексами РФ. Таким образом, предлагаемая редакция статьи 90 УПК РФ Комитетом не была поддержана.

7. 7 апреля 2014 г. группой депутатов Государственной Думы (С.М. Миронов и др.) внесен проект Федерального закона «О внесении изменения в статью 90 УПК РФ». Предложено изложить в статье первое предложение в следующей редакции: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, за исключением приговора, постановленного в соответствии со статьями 316 или 317.7 настоящего Кодекса, либо иным вступившим в законную силу решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки». Безусловно, законопроект следует одобрить. Необходимость принятия такой нормы и ранее не вызывала сомнений. Однако для правоприменителей по-прежнему остается актуальным вопрос, в каких же случаях возможна дополнительная проверка и как ее осуществить? Процедуры же обжалования актов арбитражного суда сложны, громоздки, требуют много времени для их реализации **и имеют ряд существенных ограничений**³.

Если законодателем не будут внесены изменения в ст. 90 УПК РФ, и преюдиция останется непроверяемой, то в таком случае необходимо совершенствовать процедуры обжалования актов арбитражного суда в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам, **устранять имеющие место существенные ограничения**.

8. Эффективность законодательного регулирования межотраслевого института преюдиции и его правоприменения зависит от совместных действий специалистов в сфере гражданского, арбитражного

ражного, уголовного судопроизводства, их глубокой заинтересованности в реализации общей для них проблемы.

¹ *Дорошков В.В.* Уголовная и уголовно-процессуальная политика сегодня реально отсутствует // Уголовный процесс, 2013, №12. С. 24.

² См.: *Борисевич Г.Я.* Комментарий к дискуссии о совершенствовании института преюдиции в уголовно-процессуальном законодательстве России // Актуальные вопросы участия прокуроров в досудебных и судебных стадиях уголовного судопроизводства. По материалам научно-практической конференции 2011. Пермь, 2012. С. 60–62.

³ См. подробнее *Скобников П.А.* Проблемы современной преюдиции: арбитражный процесс блокирует уголовный? // Закон, 2010, №4. С. 187–188.

С.Д. Долгинов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ СЛЕДОВАТЕЛЯ С ОПЕРАТИВНЫМИ ПОДРАЗДЕЛЕНИЯМИ ПО ДЕЛАМ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ: ОРГАНИЗАЦИОННЫЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Эффективность раскрытия и расследования преступлений экономической направленности в значительной степени зависит от слаженности, согласованности в деятельности следователя и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Поскольку следственные и оперативно-розыскные подразделения обладают специфическими, только им присущими средствами и методами раскрытия преступлений, поэтому чрезвычайно важно, чтобы эти возможности были использованы не разрозненно, а в комплексе¹.

1. Действенность организации взаимодействия во многом зависит от правового регулирования. Правовая основа согласованной деятельности органов предварительного следствия и оперативных подразделений достаточно объемна. Однако проанализированная нормативно-правовая база позволяет констатировать, что в настоящее время отсутствует необходимый «набор» нормативных актов, действительно регулирующих организацию взаимодействия органов предварительного следствия с оперативными подразделениями по делам о преступлениях экономической направленности. Нормативно-правовые акты, касающиеся рассматриваемых вопросов взаимодействия, регламентируют организацию совместной работы правоохранительных органов лишь на отдельных направлениях их деятельности. При этом в нормативно-правовых документах содержатся лишь нормативные предписания общего характера, которые, нередко дублируя друг друга, неконкретны и сугубо формальны, что неизбежно отрицательно сказывается на организации взаимодействия².

Правовые документы, регламентирующие взаимодействие нуждаются в совершенствовании. Вопрос о руководстве взаимодействием со стороны следователя должен быть четко обозначен законом. Кроме того, в УПК необходимо закрепить общие положения, принципы, условия и основные формы взаимодействия следователя с органами дознания.

2. Повседневная работа органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (особенно подразделений по борьбе с организованной экономической преступностью), связана со сбором и накоплением в рамках дел оперативного учета материалов, свидетельствующих о противоправной деятельности организованных групп либо отдельных лиц, документированием (фиксацией) такой деятельности.

Взаимодействие следователя и органов, осуществляющих ОРД, проявляется на двух относительно самостоятельных этапах:

- а) оперативно-розыскное документирование деятельности проверяемых;
- б) реализация оперативных сведений, полученных в ходе документирования.

В первой ситуации изначально оперативному работнику необходима правовая консультация следователя, как правило, в отношении преступлений, представляющих особую сложность в раскрытии. В дальнейшем необходимо осуществлять согласованное планирование следственных и оперативно-розыскных мероприятий.

Разновидностью анализируемой формы взаимодействия является совместный анализ оперативных материалов на этапе их реализации - при передаче в следственный орган. Результаты ОРД могут представляться как по инициативе оперативных подразделений, осуществляющих эту деятельность,

так и при выполнении отдельных поручений следователя по уголовным делам, находящимся в их производстве.

3. Помимо организации взаимодействия на стадии документирования преступной деятельности деловое общение между следователем, оперативным работником, как правило, начинается с момента поступления сообщения о преступлении, подследственном следователю.

На стадии предварительного расследования преступлений экономической направленности решающую роль играют процессуальные формы взаимодействия:

– поручение следователя оперуполномоченным о производстве розыскных и следственных действий;

– уведомление следователя о результатах оперативно-розыскных мероприятий по делам, переданным ему сотрудниками оперативных подразделений до установления преступника.

Выполнение поручений следователя о проведении оперативно-розыскных мероприятий (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 4 ст. 157 УПК РФ и ч. 2 ст. 7, п. 2 ст. 14 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности») основывается на письменном задании с формулировкой ясных задач, выполнение которых требует применения оперативно-розыскных средств и методов. Изучение практики показывает, что в формулировке содержания поручения чаще всего обнаруживаются типичные недостатки, приводящие к неэффективности оперативно-розыскных результатов.

На основе полученной нами информации можно сделать вывод о том, что следователь должен по возможности максимально информировать оперативного работника об обстоятельствах, способствующих выполнению его поручения, а после получения результатов обсудить с оперативным работником тактику их реализации.

Особой процессуальной формой взаимодействия является организация деятельности следственной группы с участием сотрудников, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. В основе данной формы лежат принципы разграничения компетенций, ведущей роли следователя и взаимности субъектов взаимодействия. Именно здесь наиболее строго должно соблюдаться требование единоличного ведения следствия при максимальном использовании возможностей коллективной деятельности в противодействии преступникам.

Что касается уведомления следователя о результатах оперативно-розыскных мероприятий, в этом случае необходимо, чтобы предоставляемые следователю материалы были согласованы с руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в соответствии с требованиями, изложенными в ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», а также Инструкции о порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд³.

Прежде чем решать вопрос об использовании следствием информации, представленной оперативными подразделениями, необходимо тщательно проверить законность ее получения. Если окажется, что оперативно-розыскные мероприятия, в результате которых добыты представленные сведения, проведены с нарушением закона, в уголовном процессе они использоваться не могут. Желательно, чтобы субъект оперативно-розыскной деятельности, предоставляя оперативные материалы следователю, высказывал свое мнение о возможных формах и направлениях использования оперативной информации⁴.

4. Важная и ответственная роль во взаимодействии принадлежит руководителям подразделений. Руководители следственных аппаратов и оперативных подразделений ежеквартально анализируют результаты расследования, причины прекращения уголовных дел, возбужденных по оперативным материалам. Кроме того, они совместно определяют меры по устранению недостатков в организации следственной работы и оперативно - розыскной деятельности.

¹ Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность. М.: Юрайт, 2012. С. 279–280.

² Косимов О.А. Правовые основы взаимодействия следователя с органами дознания // Российский следователь. 2010. №23. С. 2–4.

³ Кривенко А.И. Взаимодействие следователя и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. М.: Юрлитинформ, 2006. С. 145.

⁴ Кривенко А.И. Указ. раб. С. 144.

КОНВЕРГЕНЦИЯ ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА И ЕЕ ПРОЯВЛЕНИЕ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

За последние несколько лет уголовная политика, в которую входит и уголовно-процессуальная политика, претерпела серьезные изменения, ставшие составной частью модернизации судебной системы, уголовного и уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации.

Происходящие изменения тесно связаны с формированием и укоренением демократических институтов, переходом на более высокую ступень цивилизационного развития современного общества. Выражениями исторической логики такого развития являются глобализация и конвергенция.

Наша правовая система становится частью европейской и мировой системы права, и этот процесс «врастания» происходит по многим направлениям, прежде всего через присоединение к международно-правовым принципам и стандартам уголовного судопроизводства, институты оказания правовой помощи, практику Европейского Суда по правам человека и рецепцию правовых моделей. Полагаем, проникновение частного права в различные, в том числе публичные, сферы правовых отношений, к которым относятся и уголовно-процессуальные отношения, значительно расширяется в условиях глобализации, являющейся объективным явлением. Ее проявления мы усматриваем в образовании таких институтов уголовного судопроизводства, как досудебное соглашение о сотрудничестве, медиационные формы разрешения уголовно-правовых конфликтов. В связи с этим попытки изоляционизма, отгораживание своей правовой системы от мировых тенденций, отрицание очевидных явлений обречены на провал.

Существует зависимость между публичным и частным правом. При этом, с одной стороны, такая зависимость не является прямой, непосредственной, а с другой – преобладает в этой связке, скорее, частное, а не публичное право¹. Именно частное право становится основой конвергенции отраслей права, прежде всего на уровне процессуального права. Почему так? Объяснение известного ученого-цивилиста Н.М. Коршунова таково: «История частного права свидетельствует о единстве всемирно-исторического развития и неустранимой тенденции народов к взаимному обогащению правовых норм. Экономический оборот, составляющий основную материю частного права, не признает национальных границ. Он подчиняется собственным универсальным законам, которые заставляют менять законы национальные. Универсализм характеризует основную историческую линию развития частного права. В этом качестве частные начала нормативно-правового регулирования создают благоприятные условия для правового осознания гражданами и их объединениями необходимости и полезности конвергенции правовых систем, формирования устойчивой целевой ориентации на активное участие в реализации преимуществ содружества и создания эффективного мирового и региональных правопорядков, в том числе, а может быть и в особенности, относящихся к романо-германской правовой семье»².

Хотелось бы сделать замечание по поводу возможных упреков в преклонении перед Западом и в безответственном копировании чуждого нам правового англо-саксонского опыта³. Англо-саксонская правовая система проникнута прагматизмом. Экономическая целесообразность и соображения выгоды в неменьшей степени определяют параметры ключевых процессуальных институтов, чем идеи справедливости, истины и абстрактно понимаемого добра⁴. Сами противники конвергенции признают: «В настоящее время очевидной тенденцией обоих типов уголовного процесса является идея разумного сочетания альтернативно конкурирующих интересов, частных и общественных, все чаще высказываются соображения об их паритетном удовлетворении»⁵.

Таким образом, под внешней оболочкой заимствований из другой системы права фактически выступает тот же рациональный расчет: как проще и эффективнее достигать правовыми средствами социально значимых целей. История правового развития учит, что римское частное право легло в основу современной европейской, да и по большому счету мировой, правовой культуры. Структурируя

правовой статус личности, частное право закономерно предопределяет характер базового правоотношения между личностью и публичной властью. Это договорное отношение в правовом государстве.

В праве, как принято считать в современном правоведении, достигается высший консенсус всех волей, определяющий меру свободы каждого индивида и объединения в обществе. В силу своей структурированности и системности право аккумулирует волевые устремления на разных уровнях общественного организма, выступает формой реализации социально-политической автономии индивидов, их коллективов, национальных и религиозных сообществ, играет роль связующего и опосредующего звена между политической системой и гражданским обществом⁶.

Поэтому можно согласиться с тем, что модель договора является матрицей для всех отраслей права. Как справедливо отмечает Н.М. Коршунов, частное право менее подвижно, чем публичное. Если нормы публичного права легко поддаются влиянию момента, то исторические процессы в области частного права измеряются веками и нередко вовсе не заметны современникам. В области государственного устройства могут произойти серьезные изменения, а основы частного права еще долго остаются прежними⁷. Публичное право, и уголовно-процессуальное право в том числе, образуют юридическую оболочку деятельности правоохранительной системы, публичной власти. Но не надо забывать, что публично-правовая деятельность не самоцель, а средство правозащиты личности. Поэтому оправданы приспособления публичного уголовно-процессуального права к решению сверхзадачи – защиты прав и свобод человека и гражданина – в той мере, в какой они адекватны существующим социально-экономическим и прочим внешним условиям. Усиление экономической самостоятельности индивидов на базе института частной собственности, образование среднего класса объективно приводят к формированию запроса на реформу уголовно-процессуального права в том направлении, которое выгодно этому системообразующему слою общества.

Мы присоединяемся к мнению, что частное право является носителем цивилизованной свободы, не имеющим в ряде областей общественных отношений альтернативы; оно выступает в качестве наиболее мощного средства формирования единой, непротиворечивой основы деятельности людей, интеграции, объединения людей, территорий, государственных образований; в сфере частного права (в отличие от публичного) господствуют общезначимые интересы отдельных людей, частного производственного рынка, однотипные формы регуляции⁸.

С одной стороны, следует признать факт сближения нашего уголовно-процессуального права с правом других правовых систем и приведения его в соответствие с международно-правовыми стандартами. С другой стороны, внутри нашей правовой системы существуют конвергенционные процессы в виде обмена частными и публичными элементами различных отраслей права, т.е. факты взаимного проникновения, инфильтрации элементов частного и публичного права. Однако, считая необратимыми и приветствуя явления юридической глобализации, конвергенционные процессы, мы ни в коем случае не приветствуем наступлению «гармонии» через мутирование, перерождение, утрату самости уголовно-процессуального права. Частное и публичное начала были и останутся двумя элементами одной оппозиции. При всех возможных допущениях о сближении и смешении они должны оставаться разными. Иначе рухнет правовая постройка, ведь «вещество», из которого она сделана, состоит из этих элементов.

С точки зрения авторов коллективной монографии о назначении уголовного процесса, идеологический нерв уголовного процесса сплетен из двух противоположных волокон: публичного и частного. Частное и публичное начала находятся в диалектическом единстве и борьбе противоположностей. Публичный интерес состоит в том, чтобы наказать виновного. Частный интерес заключается в создании гарантий гражданских прав и свобод на защиту. Интересы государственной и общественной безопасности требуют активной наступательной деятельности публичной власти в борьбе с преступностью. Узко понятый публичный интерес влечет отрицание ценности формальных ограничений и отодвигает на второй план права личности. Напротив, интересы свободы гражданина требуют сдержанности в преследовании обвиняемого и известного критицизма в рассмотрении и разрешении уголовных дел; требуют скорее оправдания виновного, чем осуждения невинного. В предложении решения проблемы того, как увязать эти интересы, желательно с учетом национальных традиций общезначимости, и состоит ответ на вопрос, в чем заключается назначение уголовного судопроизводства⁹.

Совершенно прав А.В. Пилюк, утверждая: «Все развитые правовые государства заинтересованы в охране и защите и частных, и публичных интересов, само деление достаточно условно: возможен частный интерес не только подсудимого, но и потерпевшего и частного обвинителя, а государство как политическая организация общества обязано одинаково защищать права всех своих членов, кро-

ме того, разумное государство заинтересовано не только в наказании виновного, но и в недопущении применения мер уголовной репрессии к невиновным»¹⁰.

Наука развивается через смену парадигм. Если теория не в силах объяснить новое явление, то должна быть создана новая теория или старая должна быть дополнена, переформулирована на новых началах. Цепляться же за изжившие себя концепты – значит отставать от жизни, мешать ее развитию.

Многие авторы высказывают идеи о желательности и даже неизбежности правовой конвергенции на различных уровнях. В уголовно-процессуальной науке подобные взгляды выражали в своих работах А.С. Александров¹¹, А.А. Кухта¹², А.В. Смирнов¹³, С.Д. Шестакова¹⁴, П.И. Покровский¹⁵, П.И. Люблинский¹⁶, Е.Б. Мизулина¹⁷.

Н.М. Коршунов утверждает, что «содержание конвергенции частного и публичного права состоит в сочетании управомочивающего, запрещающего и обязывающего способов правового регулирования, направленного на стимулирование или ограничение индивидуально-волевой обусловленности возникновения, содержания и реализации прав и обязанностей участников частных и публичных сфер общественных отношений. Такая теоретическая конструкция содержания конвергенции частного и публичного права находит практическое подтверждение в современных процессах их взаимопроникновения»¹⁸.

Не надо забывать и о том, что в отечественной науке уголовного процесса существует давняя традиция, идейной начинкой которой является как раз конвергенция. Мы имеем в виду концепцию судебного права, которую разрабатывали ведущие специалисты в этой сфере¹⁹. Ее продолжатели в современных условиях используют концепцию уголовного иска и сделки с ним для объяснения правовой природы согласительной процедуры, регламентированной главой 40 УПК РФ²⁰.

Мы разделяем подход, основанный на теории конвергенции, которую мы понимаем двояко. С одной стороны, подразумевается внутренняя конвергенция, т.е. взаимопроникновение, сближение уголовно-процессуальной правовой системы и отраслей частного права, а с другой – внешняя конвергенция, под которой имеются в виду те же процессы, но происходящие между национальной правовой системой и иными правовыми системами. Ядро как внешней, так и внутренней правовой конвергенции составляют рецепция, усвоение и адаптирование публично-правовой средой частного-правовых элементов и даже институтов. Хотя иногда можно говорить о более мягкой, но и более глубокой соотнесенности в изменении толкования смысла или бремени доказывания²¹.

Содержание конвергенции частного и публичного права состоит в сочетании управомочивающего, запрещающего и обязывающего способов правового регулирования, направленного на стимулирование, контроль или ограничение индивидуально-волевой и государственно-волевой обусловленности возникновения, содержания и реализации прав и обязанностей участников частных и публичных сфер общественных отношений. Главной особенностью проникновения частного права в сферу общественных отношений является стимулирование при помощи частноправовых договорно-правовых средств индивидуально-волевого начала правовых отношений между частными и публичными или между публичными субъектами. В рамках современных процессов конвергенции частного и публичного права различные конструкции договорных юридических средств проникают практически во все сегменты публичных отношений, в том числе имеющие социально-экономический, политический, правовой характер²².

Использование очищенных от отраслевых наслоений теоретических конструкций в виде иска, сделки, договора закономерно приводит к необходимости затронуть тему о методе правового регулирования, как наиболее фундаментальной составляющей механизма правового регулирования любой отрасли права²³.

На наш взгляд, малоубедительными выглядят как отрицание проявления в уголовном процессе конвергенции частного и публичного права, допустимости диспозитивного метода регулирования уголовно-процессуальных отношений, так и аргументация данной позиции. Исходя из приведенных положений, получаем, что «законодательное закрепление преступления», а следовательно и любой другой юридической конструкции, в том числе договора, права собственности, обязательства, независимо от социально-правовой природы этих конструкций, превращает их в публично-правовые средства регулирования общественных отношений. Такая логика не только игнорирует генезис права и механизм правообразования, но и фактически исключает из содержания права его индивидуально-волевое начало. Аналогичным образом следует оценивать и утверждение о том, что все отрасли права подчинены принципу публичности, задаче служения интересам государства и общества. В соответствии с таким пониманием сущности и социального назначения права нужно было бы признать неправовыми положения международно-правовых документов и конституций большинства современных демократических государств о том, что высшей ценностью, определяющей смысл, содержание и

применение законов, а также деятельность органов государственных и органов местного самоуправления, являются права и свободы личности²⁴.

Как заметил в свое время М.М. Агарков, различие между публичным и частным правами лежит не в приемах правового регулирования, а в интересах. Для публичного права определяющим моментом является не неперенная наличность сопутствующей обязанности, а представление о благе подвластных²⁵.

Мы согласны с теми учеными, которые настаивают на том, что частноправовой метод регулирования все более проникает и в процессуальные отношения, обеспечивая воздействие волеизъявления частных лиц на их возникновение, изменение и прекращение. В этом сегменте публичной сферы формируются, получают нормативное закрепление и апробируются такие виды частноправовых средств, как примирительные процедуры (посредничество, институт медиации), частное и частно-публичное обвинение, досудебные соглашения о сотрудничестве (сделки с правосудием) и др.²⁶ Как пишет Н.М. Коршунов «Проникновение частноправового регулирования не только существует, но и расширяется в казалась бы самой заповедной публичной сфере – уголовном процессе. Однако очевидность конвергенции частного и публичного права в этой сфере публичных отношений оценивается представителями уголовно-процессуальной отрасли правовой науки неоднозначно»²⁷. Примерно в том же ключе высказываются и специалисты в области современного уголовного процесса, обращающиеся к проблеме проникновения частноправового регулирования в эту сферу публичных отношений. Отмечается, что, помимо принципа публичности, уголовно-процессуальное законодательство предусматривает ряд правил, которые остаются за рамками публичности и образуют частное начало уголовного судопроизводства. В процессуальной литературе этот термин применяют для характеристики ситуаций, в которых учитывается воля частного лица при принятии решения по различным вопросам уголовного процесса. В уголовном судопроизводстве институт частного начала вступает в действие с возникновением правоотношений, связанных с волеизъявлением конкретного лица (участника процесса) и не охваченных сферой действия публичного начала. Частное начало создает самостоятельную, изолированную зону свободы воли, где вершителями производства по уголовным делам выступают сами граждане. Государство не может вторгаться в эту зону, за исключением предусмотренных законом случаев, и обязано защищать частных лиц²⁸.

Итак, мы допускаем применение в уголовном процессе приемов и средств правового регулирования, которые содержат элементы диспозитивности. Ядро диспозитивности образуется правом на судебную защиту. С одной стороны, оказываясь в сфере уголовного судопроизводства, субъект приобретает процессуальный статус на основе общеправового. Но, с другой стороны, процессуально-правовое положение личности формируется сообразно задачам, которые ставит законодатель перед уголовным судопроизводством. Преобразование общеправового статуса личности происходит естественным образом, если процесс становится состязательным. Однако наличие в той или иной мере следственного элемента и, соответственно, применение императивного метода правового регулирования, ставящего личность в положение зависимости от государства, подчиненности ему, ограничивает свободу распоряжения процессуальными правами.

На наш взгляд, не вызывает сомнений то, что уголовно-процессуальное право является сферой, где происходит процесс конвергенции частного и публичного права. Более того, формирование договорных начал в уголовно-процессуальном праве следует рассматривать в качестве перспективного и прогрессивного направления становления народовластия (гражданского общества), координации интересов, позиций и действий государственных структур, общественных организаций, отдельных участников судопроизводства.

Развитие современного гражданского общества в интересах всех его членов, включая лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, проявилось в уголовной политике новейшего периода. Наиболее яркий пример тому – создание специального института, в который входят нормы ст. 76¹ УК РФ и ст. 28¹ УПК РФ. В основе его лежит модель договора (сделки между государством и лицом, совершившим налоговое преступление, или одно из специально указанных в законе преступлений экономической направленности) о прекращении уголовного спора, если будет добровольно возмещен ущерб от преступления²⁹. Такой договор как сделку с правосудием квалифицирует уголовно-процессуальный институт, закрепленный главой 40¹ УПК РФ³⁰. Правда, высказывались и иные оценки этого института. В отличие от других стран, где целью подобных соглашений является признание вины и достижение согласия о наказании, социально-правовое назначение соглашения о сотрудничестве в России состоит в стимулировании положительных посткриминальных поступков³¹. По словам Н.М. Коршунова, с такой оценкой социально-правового назначения соглашения о досудебном сотрудничестве трудно согласиться, поскольку назначение не может быть сведено лишь к профилак-

ческой роли. На самом деле договорно-правовое регулирование уголовно-процессуальных отношений в данном случае выступает, прежде всего, в качестве действенного юридического средства борьбы с наиболее тяжкими преступлениями, посягающими на права и законные интересы граждан, безопасность общества и государства³².

Суть процессов конвергенции частного и публичного права как раз и состоит во взаимопроникновении частноправового и публично-правового методов правового регулирования, с неизбежностью порождающем комплексные институты в уголовно-процессуальном праве. В этих условиях стремление к традиционной отраслевой классификации и дифференциации любых правовых конструкций выглядит неуместным³³.

Вместе с тем нельзя не признать и определенную правоту тех, кто высказывает опасения по поводу интенсивности частноправовой рецепции, выражающейся в экспансии современного гражданского права по отношению к другим структурным частям системы права³⁴. Передозировка частного начала в публично-правовом институте неприемлема. Так же как в живой природе, в общественной жизни людей иногда происходят бывают злокачественные процессы перерождения, чреватые утратой функциональной способности и гибелью организма. Предостережения о такого рода угрозе для русского уголовного судопроизводства вполне оправданы. И тут мы разделяем беспокойство, высказанное А.В. Пиюком, относительно того, что при рецепции необходимо учитывать структурные и системные различия, органично присущие континентальному и англо-американскому типам процесса. Основное, чем отличаются различные типы уголовных процессов, – как раз их структура и система, построение уголовного судопроизводства и согласованное взаимодействие его частей. Именно структурные и системные различия уголовного процесса государств – носителей этих типов и определяют пределы рецепции³⁵.

Несмотря на очевидное социально-правовое значение частноправовых элементов в публичной сфере, проникновение частного права в эту сферу должно иметь свои пределы. Пределы действия частного начала в уголовном судопроизводстве – это установленные законом границы, определяющие правовые последствия волеизъявления конкретного лица в уголовном процессе.

Отраслевые и межотраслевые исследования подтверждают закономерный исторический характер конвергенции частного и публичного права, потребность в которой возникает там и тогда, где и когда появляются признаки и элементы диспозитивного метода правового регулирования, заботы законодателя о правах личности. Господствующая в российской уголовно-процессуальной науке доктрина в принципе оправдывает следственную форму и поэтому агрессивна к инициативам по внедрению исковых, договорных моделей в правовую идеологию, а тем более в позитивное право. Но это временное обстоятельство, которое не может затормозить, а тем более остановить общецивилизационный процесс движения к демократии, выравниванию стандартов правового регулирования, гармонизации частного и публичного начал.

¹ См.: *Коршунов Н.М.* Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. С. 145.

² *Коршунов Н.М.* Указ. соч. С. 145.

³ Такого рода пафосом проникнута монография А.В. Пиюка, о которой далее будет говориться. См.: *Пиюк А.В.* Проблемы применения упрощенных форм разрешения уголовных дел в судопроизводстве Российской Федерации в свете типологии современного уголовного процесса. Томск, 2011.

⁴ Хотя в конечном итоге кто может опровергнуть тезис, что именно права личности стоят в центре классической английской правовой системы. Именно этим она и отличалась всегда от континентальной правовой системы, от модели полицейского государства, каковыми по факту и сейчас являются ФРГ или Франция.

⁵ Цит. по: *Пиюк А.В.* Указ. соч. С. 34.

⁶ См.: *Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова.* М., 2001. Т. 1. С. 81-85.

⁷ См.: *Коршунов Н.М.* Указ. соч. С. 144.

⁸ *Коршунов Н.М.* Указ. соч. С. 145-146.

⁹ См.: *Александров А.С., Александрова И.А., Круглов И.В.* Назначение уголовного судопроизводства и наказания. Н. Новгород, 2006. С. 5.

¹⁰ *Пиюк А.В.* Указ. соч. С. 34.

¹¹ См.: *Александров А.С.* Язык уголовного судопроизводства. Н. Новгород, 2001; *Он же.* Введение в судебную лингвистику. Н. Новгород, 2003.

¹² См.: *Кухта А.А.* Доказывание истины в уголовном процессе: монография. Н. Новгород, 2009.

¹³ См.: *Смирнов А.В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2000.

- ¹⁴ См.: *Шестакова С.Д.* Генезис метода российского уголовно-процессуального права в условиях конвергенции и дивергенции англосаксонской и континентальной правовых систем (теоретико-правовое исследование): дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004.
- ¹⁵ См.: *Покровский И.А.* «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // *Вестник гражданского права*. 1916. №5. С. 18–39.
- ¹⁶ См.: *Люблинский П.И.* Новая теория уголовного процесса. Петроград, 1916; *Он же.* Процесс как судебный порядок, и процесс как правоотношение // *Журнал министерства юстиции*. 1917. №1. С. 241–246.
- ¹⁷ См.: *Мизулина Е.Б.* Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту, 1991; *Она же.* Технология власти: уголовный процесс. Ярославль, 1992.
- ¹⁸ *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 117.
- ¹⁹ См.: *Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А.* Проблемы судебного права / под ред. В.М. Савицкого. М., 1983.
- ²⁰ См.: *Александрова И.А., Круглов И.В., Кучин А.Ф., Смолин А.Г.* Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска. Н. Новгород, 2007.
- ²¹ Характерный пример такого рода представляют недавние публикации, посвященные частнопроводному истолкованию презумпции невиновности и переноса бремени доказывания на сторону защиты. См.: *Александров А.С., Александрова И.А., Кучерук Д.С.* Презумпция невиновности обвиняемого против неотвратимости ответственности // *Следователь*. 2011. №3(155). С. 34–39.
- ²² См.: *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 227.
- ²³ См., напр.: *Алексеев С.С.* Об отраслях права // *Советское государство и право*. 1972. №3. С. 11; *Сорокин В.Д.* Метод правового регулирования. М., 1976. С. 84.
- ²⁴ См.: *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 135–136.
- ²⁵ См.: *Азарков М.М.* Ценность частного права // *Правоведение*. 1992. №1. С. 29–30, 39.
- ²⁶ См.: *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 228.
- ²⁷ *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 228.
- ²⁸ См.: *Артамонова Е.А.* Частное начало в российском уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 8, 9.
- ²⁹ См.: *Головки Л.В.* Институт уголовно-правовой медиации и его перспективы в Российской Федерации // *Закон*. 2009. №4. С. 127–134.
- ³⁰ См.: *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 136.
- ³¹ См.: *Звечаровский И.* Юридическая природа института досудебного соглашения о сотрудничестве // *Законность*. 2009. №9. С. 14.
- ³² См.: *Кориунов Н.М.* Указ. соч. С. 121.
- ³³ Там же.
- ³⁴ См.: *Витрук Н.В.* Система российского права (современные подходы). С. 7.
- ³⁵ См.: *Пилюк А.В.* Указ. соч. С. 36.

С.В. Корнеев

Международный университет «МИТСО», г. Минск

**О ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ОТ ДЕЙСТВИЙ,
ДЕЗОРГАНИЗУЮЩИХ РАБОТУ ИСПРАВИТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ,
ИСПОЛНЯЮЩЕГО НАКАЗАНИЕ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ
ИЛИ АРЕСТНОГО ДОМА**

Статья 410 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее – УК) определяет действия, дезорганизующие работу исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома, как действия, выразившиеся в терроризировании осужденного с целью воспрепятствования его исправлению или из мести за исполнение им общественной обязанности, либо в нападении на представителя администрации исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома, либо в создании организованной преступной группы с целью терроризирования осужденных или нападения на представителей администрации исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома, совершенные лицом, отбывающим наказание в виде лишения свободы или ареста (ч. 1).

Часть 2 статьи 410 особо квалифицирует те же действия, совершенные лицом, осужденным за тяжкое или особо тяжкое преступление либо допустившим особо опасный рецидив¹.

Анализируемый состав преступления, по мнению В.Д. Меньшагина, объединяет в себе различные по характеру общественной опасности деяния: терроризирование, нападение и организацию преступных группировок².

Позднее А.А. Примак предложил разграничить уголовно-правовую охрану работников УИС и осужденных путем регламентации ответственности за насилие в отношении субъектов уголовно-исполнительной деятельности в разных статьях уголовного закона³.

И.В. Кернаджук полагает, что «сотрудники мест лишения свободы и мест содержания под стражей должны подлежать повышенной правовой охране по сравнению с другими участниками уголовно-исполнительных правоотношений», и приходит к выводу, что «решение данной проблемы возможно путем регламентации ответственности за насилие в отношении субъектов пенитенциарной деятельности и осужденных в разных статьях уголовного закона»⁴.

«Сохранение в действующем УК РФ ответственности за применение насилия в отношении сотрудников ИУ и осужденных в одной норме (ст. 321 УК РФ) противоречит правилам юридической техники, поскольку при этом происходит посягательство на разные объекты деяниями, указанными в названии статьи и в диспозиции. Эти преступные действия должны предусматриваться в самостоятельных нормах», - считает Ю. Власов⁵.

О.А. Демина отмечает, что «нарушен концептуальный подход к построению системы Особенной части Уголовного кодекса, когда в одной статье объединены качественно отличные общественно опасные посягательства. По сути, в ст. 321 УК РФ уравниваются по степени уголовно-правовой охраны и отбывающие наказание преступники, и государственные служащие, выполняющие свой непростой служебный долг перед государством, обществом. Поэтому сохранение в действующем УК РФ ответственности за применение насилия в отношении персонала ИУ и осужденных в одной норме противоречит правилам юридической техники, поскольку при этом происходит посягательство на разные объекты деяниями, указанными в названии статьи и диспозиции»⁶.

С учетом изложенных выше положений предлагаем закрепить в УК Беларуси несколько следующих составов преступлений:

Статья 410. Угроза или насилие в отношении сотрудников и гражданского персонала органов и учреждений, исполняющих наказание и иные меры уголовной ответственности

1. Угроза применением физического насилия, уничтожением или повреждением имущества в отношении сотрудников либо гражданского персонала органов и учреждений, исполняющих наказание и иные меры уголовной ответственности, или их близких либо угроза распространением клеветнических или оглашением иных сведений, которые эти лица желают сохранить в тайне, а также угроза ущемлением их прав, свобод и законных интересов, совершенная в связи с осуществлением исправительного воздействия в отношении осужденных, наказывается штрафом или исправительными работами на срок до двух лет, или арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до двух лет, или лишением свободы на тот же срок.

2. Применение насилия, не опасного для жизни и (или) здоровья, в отношении сотрудников либо гражданского персонала органов и учреждений, исполняющих наказание и иные меры уголовной ответственности, или их близких с целью воспрепятствования законной деятельности по осуществлению исправительного воздействия на осужденных или принуждения к изменению характера этой деятельности или из мести за осуществление исправительного воздействия наказывается ограничением свободы на срок от двух до пяти лет, или лишением свободы от двух до пяти лет.

3. Применение насилия, опасного для жизни и (или) здоровья, в отношении сотрудников либо гражданского персонала органов и учреждений, исполняющих наказание и иные меры уголовной ответственности, или их близких с целью воспрепятствования законной деятельности по осуществлению исправительного воздействия на осужденных или принуждения к изменению характера этой деятельности или из мести за осуществление исправительного воздействия наказывается лишением свободы от пяти до десяти лет.

Статья 410¹. Нарушение правил обращения с осужденными или лицами, содержащимися под стражей

Издевательство над осужденным или лицом, содержащимся под стражей, т.е. умышленное унижение его чести и достоинства, совершенное путем принуждения к совершению оскорбительных действий или претерпеванию таких состояний, либо принудительное использование такого осужденного в личных интересах, либо вымогательство или отобрание у него продуктов питания, предметов и (или) вещей, находящихся в личном пользовании, наказываются арестом на срок до шести месяцев или лишением свободы на срок от одного года до трех лет.

Статья 410². Угроза или насилие в отношении осужденных

1. Угроза применением физического насилия, уничтожением или повреждением имущества в отношении осужденного или его близких либо угроза распространением клеветнических или оглашением иных сведений, которые эти лица желают сохранить в тайне, а также угроза ущемлением их прав, свобод и законных интересов, совершенная с целью воспрепятствовать поведению осужденного или принудить его к изменению поведения или из мести за осуществление осужденным противоправного поведения, наказывается штрафом или исправительными работами на срок до двух лет, или арестом на срок до шести месяцев, или ограничением свободы на срок до двух лет, или лишением свободы на тот же срок.

2. Применение насилия, опасного для жизни и (или) здоровья, к осужденному или его близким в целях изменения характера его поведения или из мести за отказ выполнения этих требований, наказывается лишением свободы от пяти до десяти лет.

¹ Уголовный кодекс Республики Беларусь: с изм. и доп. по состоянию на 24 окт. 2013 г. Минск: Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2013. 304 с.

² Советское уголовное право: Часть Особенная / В.Д. Меньшагин, Н.Д. Дурманов, В.И. Курляндский и др.; под ред. В.Д. Меньшагина и др. М.: Изд.-во МГУ, 1964. 448 с.

³ Примак А.А. Уголовная ответственность за преступления, посягающие на установленный порядок исполнения наказания в виде лишения свободы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2003. 24 с.

⁴ Кернаджук И.В. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика дезорганизации деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества (по материалам Дальневосточного региона): автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Иркутск, 2005. 21 с.

⁵ Власов Ю. Проблемы конструкции и содержания статьи 321 УК РФ // Уголовное право. 2006. № 2. С. 13–17.

⁶ Демина О.А. Уголовно-правовое регулирование ответственности за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества (ст. 321 УК РФ): состояние и перспективы совершенствования: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Кубанский гос. ун-т. Саратов, 2009. 26 с.

А.Ю. Крипулевич

*Самарский юридический институт Федеральной службы
исполнения наказаний России, г. Самара*

СТРАХОВАНИЕ КАК СПОСОБ ЗАЩИТЫ НАРУШЕННЫХ ПРАВ ОСУЖДЕННЫХ ЛИЦ, ОТБЫВАЮЩИХ НАКАЗАНИЕ В МЕСТАХ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ

Права и свободы человека и гражданина декларируются во многих международных и внутригосударственных документах. После принятия Всеобщей декларации прав человека вопросы признания, соблюдения и защиты прав представляют интерес для всего мирового сообщества. В Российской Федерации существуют юридические гарантии защиты прав граждан, которые закреплены в Конституции Российской Федерации и других нормативно-правовых актах. Нормы законодательства в своем содержании подразумевают, что защита прав и законных интересов может осуществляться всеми законными способами и механизмами. Проблемы, возникающие в вопросах защиты прав граждан, могут быть решены с использованием различных механизмов, в том числе механизма страхования граждан.

О страховании можно говорить в аспектах реализации права гражданина на охрану здоровья, получение необходимой медицинской помощи, защиту имущественных интересов и т.п. На сегодняшний день в России особое внимание уделяется вопросу защиты прав осужденных лиц, находящихся в местах лишения свободы. Отбывая наказание в исправительном учреждении, лицо сохраняет права, закрепленные в Конституции Российской Федерации, наравне со всеми гражданами государства, в том числе и право на государственное и частное страхование.

Обязательное государственное страхование осужденных лиц закреплено в ст. 98 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации. Оно распространяется на осужденных лиц, привлекаемых к трудовой деятельности, осужденных женщин, которым выплачивается пособие по беременности и родам, лиц, которым предусматривается выплата пенсий по различным основаниям, указанным в статье¹. Что касается Федерального закона от 15 июля 1995 г. №103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», то в нем вообще не упоминается о данных социальных гарантиях.

Но обязательное государственное страхование как гарантия защиты прав осужденных затрагивает лишь некоторые аспекты реализации прав осужденных в местах лишения свободы. Страхование

частных интересов отдельного лица, отбывающего наказание в местах лишения свободы на сегодняшний день, является особенно актуальным, так как осужденный в исправительной колонии имеет повышенный риск стать объектом посягательств, неправомерных методов воздействия как со стороны других осужденных, так и со стороны сотрудников учреждения.

Относительно других видов страхования российский рынок ориентируется, как правило, на опыт западных государств. Однако страхование осужденных – это тот сегмент рынка, где сослаться на опыт других государств не представляется возможным, поскольку все государства к этому вопросу относятся по-разному. В США, например, страхование осужденных во многих штатах запрещено на законодательном уровне, а программы государственного медицинского страхования на данных лиц вообще не распространяются. В Российской Федерации обязательное медицинское страхование распространяется на всех граждан государства, в том числе и на осужденных лиц. Федеральная служба исполнения наказаний России занимается актуальным вопросом оформления полисов обязательного медицинского страхования, поскольку только треть спецконтингента имеет возможность получить врачебную помощь за пределами исправительной колонии.

По состоянию на 1 июля 2014 г. в учреждениях уголовно-исполнительной системы России содержится 675,0 тыс. чел.². Из этого числа только небольшая часть осужденных обеспечены страховой защитой. Небольшой показатель застрахованных лиц в местах лишения свободы зависит от многих причин. В первую очередь, это ничтожно малое количество страховых компаний, которые готовы предоставить соответствующие программы страховой защиты. Этот аспект можно рассмотреть с разных сторон.

Страховые компании осуществляют свою деятельность на основании норм гражданского законодательства Российской Федерации. Предоставляя услуги, страховая компания заключает публичный договор на основании ст. 426 Гражданского Кодекса Российской Федерации, где сказано, что коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами³. Реальное же положение такое, что частные страховые компании не хотят выходить на рынок, где клиентами компании будут являться лица, осужденные к лишению свободы, поскольку они несут высокие риски в силу специфики субъекта страхования. Данный факт противоречит нормам гражданского законодательства, в соответствии с которым отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается. Компании отечественного страхового рынка не готовы развивать данное направление, поскольку осужденные часто прибегают к фактам мошенничества в данном направлении, целенаправленно осуществляя членовредительство, симулируя побои в отношении себя. Еще один фактор, по которому страховые компании не желают предоставлять данный вид услуг, – это затрудненный контроль со стороны страховых компаний для подтверждения факта страхового случая. Тем не менее страховые компании в Российской Федерации осуществляют выплаты по страховым случаям. Поэтому те страховые компании, которые работают сегодня на данном рынке, активно сотрудничают с правозащитными организациями и общественными наблюдательными комиссиями, осуществляющими свою деятельность по соглашению с руководством Федеральной службы исполнения наказаний, могут посещать исправительные учреждения, общаться с осужденными и, следовательно, фиксировать факты нарушения прав осужденных лиц.

Лица, осужденные к лишению свободы, имеют возможность заключить договор личного страхования по следующим страховым случаям: 1) травматические повреждения застрахованного лица в результате несчастного случая, в том числе в результате противоправных действий третьих лиц; 2) постоянная утрата трудоспособности в результате несчастного случая с установлением инвалидности, в том числе в результате противоправных действий третьих лиц; 3) смерть в результате несчастного случая, в том числе в результате противоправных действий третьих лиц; 4) заболевание туберкулезом, заражение ВИЧ-инфекцией в местах лишения свободы. Как правило, заключается страховой договор через родственников осужденных.

С учетом вышеизложенного можно сказать, что личное страхование выступает одним из способов защиты прав лиц, которым приговором суда было назначено наказание в виде лишения свободы. Страховые выплаты являются не только денежной компенсацией при страховом случае, но и дополнительными средствами для оплаты лечения, например, при заболевании туберкулезом. Следовательно, страхование – это способ защиты прав, закрепленных в Конституции Российской Федерации в отношении осужденных лиц наравне со всеми гражданами государства.

¹ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 №1-ФЗ (ред. от 23.06.2014) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² По материалам ФСИН России [Электронный ресурс] URL: <http://www.fsin.su/structure/management/obzor-obrashcheniy-grazhdan> (дата обращения: 28.07.2014).

³ Гражданский кодекс Российской Федерации: федер. закон: от 30.11.1994 №51-ФЗ (ред. от 05.05.2014) [Электронный ресурс]. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант Плюс».

Ю.А. Ланцедова

Национальный авиационный университет, г. Киев

РЕДАКЦИЯ СТАТЬИ О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ В НОВОМ КОДЕКСЕ АНТИКРИМИНАЛЬНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Редакцию новой статьи «Доказательства, их свойства, источники, субъекты, порядок и действия по получению и формы их представления, оценки и использования» в перспективном Кодексе антикриминального судопроизводства автор в развитие позиции С.А. Кириченко и А.С. Тунтулы представляет таким образом:

(1) Доказательством являются любые сведения о факте (внешнем или внутреннем проявлении признаков или свойств человека и его деяния или вещественного источника, либо события, в т.ч. явления) в целом либо об его отдельной стороне, полученные от личностного источника или посредством исследования трассосубстанции либо изучения документа, и которым присуще единство таких основных юридических свойства, как значимость, законность, допустимость и доброкачественность, а также таких дополнительных юридических свойств совокупности доказательств, как их согласованность и достаточность. (2.1) Незначимыми являются сведения, с помощью которых нельзя подтвердить или опровергнуть факт (обстоятельство) общего, специального или частного предмета доказывания либо доказательственный факт (промежуточный тезис этого предмета доказывания). (2.2) Незаконными – сведения, полученные с нарушением предусмотренного данным Кодексом порядка, в т. ч. с применением обмана, угроз или насилия, иного существенного нарушения прав, свобод, интересов и обязанностей лица либо государства. (2.3) Недопустимыми – заведомо ложные сведения (за исключением дел о даче заведомо ложных показаний, заключения, а также заведомо ложных сведений, появление которых возникло в следствие отсутствия у личностного источника определенных специальных познаний, навыков либо вследствие дистанционных, метеорологических, физиологических, иных особенностей условий восприятия соответствующих фактов, обстоятельств, когда установление такого рода причин имеет значение для принятия определенного процессуального решения по антикриминальному делу либо для его правильного разрешения в частности); сведения, первоисточник которых неизвестен или не может быть проверен, либо сведения, направленные на обоснование положения закона, общеизвестного или преюдициального факта (что используется в принятии решений наряду с доказательствами) либо неприродного явления, т. ч. такого, которое противоречит известным законам природы или не может быть ими объяснено. (2.4) Недоброкачественными – сведения, содержательные противоречия которых не дают возможности сделать однозначный вывод, либо которые получены с существенным нарушением признанной методики или с использованием не признанной в установленном порядке методики. (2.5) Несогласованной совокупностью доказательств – такая их совокупность, в которой одно доказательство противоречит другому и что не может быть устранено наведением аргументов правдивости одного доказательства и заведомой неправдивости другого доказательства. (2.6) Недостаточной совокупностью доказательств – такая их совокупность, которая не может сформировать у главного субъекта антикриминального судопроизводства однозначное внутреннее (без внешних факторов воздействия) убеждение в возможности принять на этот момент определенное промежуточное или окончательное процессуальное решение по антикриминальному делу.

(3) Доказательства имеют право получать следователь и судья или коллегия судей, а в порядке исключения – эксперт и ординатор, путем проведения де-факто следственных действий: 1) оформления явки с повинной о подготовке или совершении деяния макроправонарушения; 2) получения устного заявления или письменного сообщения о реальном либо вероятном готовящемся, дящемся или уже совершенном макроправонарушении; 3) задержания и допроса преследуемого; 4) допроса свидетеля, потерпевшего, преследуемого, гражданского истца, гражданского ответчика, третьего лица с само-

стоятельными требованиями и без них, представителя преследуемого, потерпевшего, истца, ответчика и третьего лица, эксперта; 5) очной ставки между указанными личностными источниками; 6) предъявления обвинения и допроса обвиняемого; 7) уточнения и/или проверки показаний преследуемого, потерпевшего или свидетеля на месте; 8) эксперимента с названными личностными источниками и без них; 9) предъявления для встречного или группового опознания трассосубстанции, документа, свидетеля, потерпевшего или преследуемого; 10) обследования (осмотра, личного исследования) места деяния, местности, помещения, транспортного средства, трупа человека, тела живого человека, иных трассосубстанций, в т. ч. документа с признаками трассосубстанции; 11) эксгумации трупа человека; 12) изучения документа; 13) обыска помещения, местности, транспортного средства, личностного источника; 14) выемки трассосубстанций, документов; 15) объявления розыска преследуемого; 16) наложения ареста на вклады, иное имущество и передачи его на хранение; 17) контроля средств связи; 18) получения образцов на экспертизу; 19) аналогичных де-факто судебных действий.

(4) Если же получение доказательств требует привлечения специальных знаний, то с этой целью назначается главным субъектом и проводится экспертом экспертиза, а когда для этого необходимо провести негласные мероприятия – назначается главным субъектом и исполняется ордингом в порядке, предусмотренном Кодексом ордингического судопроизводства Украины, ордингическое задание.

(5) Обследование (осмотр, личное исследование) места деяния, а с санкции прокурора – любые иные де-факто процессуальные действия (следственные, судебные, экспертные) могут быть проведены до внесения сведений о реальном либо вероятном готовящемся, дящемся или уже совершенном макроправонарушении в Единый реестр досудебных расследований, если без этого нельзя получить достаточную и согласованную совокупность доказательств о наличии или отсутствии в деянии признаков макроправонарушения либо об обстоятельствах, исключаяющих производство по делу.

(6) Вещественные источники (трассосубстанции; документы: акты ревизий, проверок и пр.) могут поступить во владение главного субъекта антикриминального судопроизводства и посредством их истребования или в случае добровольной выдачи и через получение их от любых физических или юридических лиц, а получение собственно доказательств возможно лишь посредством исследования трассосубстанции либо изучения документа в пределах соответствующего де-факто процессуального действия.

(7) Помощь главному субъекту антикриминального судопроизводства в получении доказательств имеют право оказывать любые физические и юридические лица, в т. ч. представители стороны защиты (обвинения), через: (7.1) Добровольную выдачу находящихся в их владении значимых для антикриминального дела вещественных источников. (7.2) Сообщение о вероятном или реальном месте нахождения того материального объекта или лица, которые могут выступить по данному антикриминальному делу в качестве вещественного или личностного источника. (7.3) Если они стали субъектом данного судопроизводства и путем постановки вопросов или заявления ходатайства по корректировке непосредственно процесса получения такого рода сведений либо процедуры судопроизводства.

(8) Следователь представляет доказательства (доводит до сведения субъектов антикриминального судопроизводства их сущность и порядок получения) в форме протокола де-факто следственного действия, судья – журнала судебного заседания, эксперт – заключения экспертизы, в предусмотренных законом случаях или по указанию инициатора исследования и протокола экспертизы, а обобщающая оценка и использование такого рода сведений осуществляется субъектами антикриминального судопроизводства в форме: 1) постановления о даче указания выполнить процессуальные действия; 2) постановления о поручении иному субъекту выполнить процессуальные действия; 3) постановления дознавателя, следователя, прокурора или судьи о направлении дела; 4) постановления об устранении нарушений закона, причин и условий, способствовавших совершению преступления; 5) постановления дознавателя, следователя или прокурора о принятии в предусмотренных кодексом случаях иного, а постановления судьи (коллегии судей) – промежуточного процессуального решения; 6) обвинительного, оправдательного или нейтрального приговора; 7) определения судьи об ином окончательном разрешении антикриминального дела; 8) ходатайства заинтересованного лица о принятии дознавателем, следователем, прокурором или судьей определенного процессуального решения; 9) жалобы данного лица на деяния, в т. ч. решения, названных субъектов; 10) постановления прокурора о пересмотре судебного решения в порядке апелляции; 11) апелляции иных уполномоченных кодексом субъектов; 12) постановления прокурора о пересмотре судебного решения в кассационном порядке; 13) кассационной жалобы иных уполномоченных кодексом субъектов; 14) постановления прокурора о пересмотре судебного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.

УСТАНОВЛЕНИЕ И ИЗОБЛИЧЕНИЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ, СОВЕРШАЮЩИХ ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СФЕРЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Установление и изобличение предпринимателей, совершающих преступления в сфере экономической деятельности, возможно с помощью целенаправленной деятельности лиц, ведущих расследование, по установлению и использованию информации о личности правонарушителя для разрешения уголовно-правовых, уголовно-процессуальных, криминалистических, криминологических, психологических, оперативно-розыскных, пенитенциарных и других вопросов. Таким образом, в характеристику предпринимателей, совершающих вышеуказанные преступления, должны быть включены следующие их свойства: биографические, биологические, социальные, психологические, уголовно-правовые (характер и тяжесть преступления, мотив, вина, форма соучастия и др.), уголовно-процессуальные (доказательства вины подозреваемых, обвиняемых, подсудимых, использование ими своих процессуальных прав и др.). Перечисленные сведения о личности предпринимателя являются одним из основных элементов криминалистической характеристики вышеуказанного вида преступлений.

Поскольку предпринимательская деятельность связана с риском потерять вложенные в эту деятельность деньги и иное имущество и направлено на систематическое получение прибыли в области торговли, выполнения различного вида работ, оказания услуг и иных видов деятельности, то при совершении противоправной деятельности в сфере экономической деятельности подозрения в первую очередь падают на предпринимателя, который руководит конкретным предприятием. Главное для следователя – выявить не только факт преступления, но и виновных лиц, собрать доказательства их вины. А это самая ответственная и сложная работа. Процесс изобличения преступника состоит в собирании, анализе, проверке, оценке и использовании фактических данных, с помощью которых устанавливаются обстоятельства совершения им инкриминируемого ему деяния.

На первоначальном этапе расследования получение информации о преступнике происходит за счет обнаружения и использования вещественных доказательств и их связи с ним. По рассматриваемой категории уголовных дел предприниматель сам является как слеодообразующим, так и следовоспринимающим объектом (на его теле, одежде, транспортном средстве, инструментах, обуви могут быть обнаружены частицы грунта, сырья, материалов из склада, производственного цеха и др.). На первоначальном этапе расследования следователю, совместно с работниками оперативно-розыскных органов, необходимо составить глубоко и широко продуманный совместный план расследования, который должен быть динамичным, отражающим изменения, происходящие в сложившихся следственных ситуациях. Поэтому при задержании предпринимателя, подозреваемого в совершении преступления, связанного с производством материальных объектов, на первоначальном этапе расследования следует провести следующие следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия:

– выемку и осмотр его одежды и носимых предметов (сумка, портфель, «барсетка» и т.п.) с целью обнаружения микроследов подобных веществ, в том числе и следов химических ловушек, применяемых в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий;

– осмотр предметов преступления (незаконно изготовленное и реализуемое имущество: товары «ширпотреба», алкоголь, продукты питания и др.), сырье, деньги, которыми за них расплачивались, сопроводительные документы, изъятие образцов этих предметов;

– в центральных офисах предпринимателей потребовать предъявления и изъять такие основные праворегилирующие документы, как лицензии, соглашения, договоры, а также иные документы, отражающие производственную деятельность предпринимателя, в том числе и электронных носителей информации, а также настольные календари, деловые записные книжки, средства связи, отражающие связи подозреваемых, содержание переговоров и др.

Следует иметь в виду, что обычно предприниматели, занимающиеся преступной деятельностью, ведут «двойную» бухгалтерию – официальную (для проверяющих и контролирующих органов) и «черную» (для личного учета и контроля). Документы «черной бухгалтерии», как правило, хранятся отдельно в специально оборудованных сейфах, тайниках на месте работы или в жилом помещении самого предпринимателя или его близких родственников и др. Поэтому следует выяснить связи

предпринимателей и их участие в совершении преступлений. Кроме того, наиболее важные документы, нажитые преступным путем крупные суммы денег, драгоценности, предприниматели предпочитают хранить в отдельных именных банковских ячейках. При наличии данных обстоятельств проводятся обыски и выемки как по месту работы, жительства, так и в иных местах в соответствии с их процессуальной регламентацией. В ходе изучения изъятых документов можно установить наличие скрываемого имущества, денег, расчетных счетов, сейфов в банках, ценных бумаг в депозитариях, недвижимости, дорогих транспортных средств (автомобили, яхты, вертолеты), обстоятельства и время их приобретения, источники средств на их приобретение.

Важные сведения о работе предпринимателей можно получить в ходе допросов его рядовых сотрудников – работников канцелярии, охраны, обслуживающего персонала, рабочих. Эти лица могут и не знать, что их руководители занимаются преступной деятельностью. Особенно важные сведения могут дать секретари, грузчики, водители транспортных средств, участвовавшие в перевозке сырья, готовой продукции. Разнообразную информацию об образе жизни предпринимателей, о его личных связях, пристрастии к азартным играм, приобретению дорогих ювелирных изделий, автомашин, недвижимости могут дать допросы соседей по месту жительства подозреваемых, их знакомых по совместному занятию в спортивных секциях, фитнес-клубах, увлечению рыбалкой, охотой и т.п.

Если в ходе расследования выясняется, что предприниматель представляется потерпевшим под вымышленными именами, то следует провести его опознание, проверить по уголовно-регистрационным учетам, а затем вновь допросить о конкретных обстоятельствах совершенных преступлений.

Кроме того, если в самом начале расследования выясняется, что многие реквизиты в изъятых документах вызывают сомнения в их подлинности (бланки, оттиски печатей, штампов, подписи, рукописные тексты, даты и др.), целесообразно, не теряя времени, назначить соответствующие судебные экспертизы, а по изъятым образцам сырья, основным компонентам, готовой продукции могут быть назначены технологические, товароведческие судебные экспертизы.

После проведения вышеперечисленных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, получения заключений экспертов и ознакомления с их выводами может быть собран достаточный объем доказательств вины подозреваемого, что позволит предъявить ему обвинение по соответствующей статье УК РФ.

П.С. Пастухов

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ ДОКАЗЫВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА ЭТАПЕ ИХ ВЫЯВЛЕНИЯ

Проблема криминализации и декриминализации отдельных общественно опасных деяний в сфере предпринимательской деятельности сейчас весьма актуальна. Функционирование в Российской Федерации более двух десятилетий рыночной экономики не обеспечило надлежащего контроля за финансово-хозяйственной деятельностью предпринимателей, а недостаточная координация правоохранительных органов, непоследовательная деятельность государства и законодателя привели к появлению новых негативных процессов, к продолжающейся криминализации экономики и коррумпированности управления ею. Непоследовательность в деятельности государства в сфере правоохранительной деятельности проявляется в том, что, с одной стороны, принимаются либеральные законы, ограничивающие предпринимателей от произвола недобросовестных сотрудников правоохранительных и контролирующих органов на этапе выявления признаков экономических преступлений, возбуждения уголовных дел и предварительного расследования; с другой стороны, создаются новые контролирующие органы, они наделяются полномочиями в сфере контроля экономических отношений.

Одной из важнейших проблем выявления и доказывания преступлений в сфере экономической деятельности на самых ранних этапах обнаружения признаков преступления является определение органов, их полномочий в указанной сфере. Вопросы полномочий сотрудников полиции и органов предварительного расследования, непосредственно осуществляющих проверочные мероприятия субъектов финансово-хозяйственной деятельности, всегда вызывают повышенный интерес со сторо-

ны как простых граждан и предпринимателей, так и специалистов в области защиты прав и законных интересов предпринимателя.

Основа последовательной деятельности законодателей, направленной на исключение внепроцессуальных полномочий органов внутренних дел, была заложена в п. 1 Указа Президента РФ от 15.05.2008 №797¹. Данный Указ предусматривал исключение внепроцессуальных прав органов внутренних дел Российской Федерации, касающихся проверок деятельности субъектов малого и среднего предпринимательства, а также возможности составления должностными лицами этих органов протоколов об административных правонарушениях в области предпринимательской деятельности.

Внепроцессуальные полномочия органов внутренних дел – это такие полномочия, которыми до 10.01.2009 обладали сотрудники милиции в сфере контрольно-проверочной деятельности субъектов предпринимательства, содержащиеся не в процессуальном законе, а в ином, в данном случае в п. 25 и 35 ст. 11 Закона РФ от 18.04.1991 №1026-I «О милиции».

Напомним, что в соответствии с п. 25 сотрудники органов внутренних дел имели право при наличии данных о влекущем уголовную или административную ответственность нарушении законодательства, регулирующего финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность, в целях установления оснований для возбуждения уголовного дела или дела об административном правонарушении по мотивированному постановлению начальника органа внутренних дел (органа милиции) или его заместителя:

- производить в присутствии не менее двух понятых и представителя юридического лица, лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, либо его представителя, которым вручаются копия указанного постановления, а также копии протоколов и описей, составленных в результате указанных в настоящем пункте действий, а при отсутствии таковых – с участием представителей органов исполнительной власти или органов местного самоуправления осмотр производственных, складских, торговых и иных служебных помещений, других мест хранения и использования имущества;

- производить досмотр транспортных средств в присутствии не менее двух понятых и лица, во владении которого находится транспортное средство, а в случаях, не терпящих отлагательства, в отсутствие указанного лица;

- изучать документы, отражающие финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность, требовать предоставления в пятидневный срок с момента вручения соответствующего постановления заверенных надлежащим образом копий указанных документов;

- изымать с обязательным составлением протокола отдельные образцы сырья, продукции и товаров, необходимые для проведения исследований или экспертиз;

- требовать при проверке имеющихся данных, указывающих на признаки преступления, обязательного проведения в срок не более тридцати дней проверок и ревизий финансовой, хозяйственной, предпринимательской и торговой деятельности, а также самостоятельно проводить в указанные сроки такие проверки и ревизии, изымать при производстве проверок и ревизий документы либо их копии с обязательным составлением протокола и описи изымаемых документов либо их копий.

Эти нормы достаточно долго верой и правдой служили органам внутренних дел, стояли на страже экономической безопасности государства в трудные годы реформирования экономического уклада жизни общества, ломки старых стереотипов хозяйствования, так называемого дикого рынка, когда во многих областях, в том числе и сфере предпринимательства, царили хаос и вседозволенность. Тогда их наличие было оправданным, без них трудно, а скорее всего и невозможно было бы одолеть вал экономических и связанных с ними общеуголовных преступлений.

Сегодня мы говорим о том, что в сознании большинства предпринимателей все-таки произошли определенные изменения в сторону законопослушности, соблюдения предписаний и норм законов, регулирующих финансовую, хозяйственную и торговую деятельность.

Более того, преступления в сфере экономической деятельности претерпели существенные изменения. Прежде всего, большая часть таких преступлений совершается под видом предпринимательской деятельности и не может быть выявлена посредством простых проверок и обследования зданий, сооружений, помещений². Выявляя экономические преступления, следует учитывать, что юридически легальные торговые и посреднические операции сами по себе не являются преступными, но вот их совокупность может быть преступной. Поэтому для выявления таких преступлений необходима кропотливая аналитическая работа специализированных контролирующих органов в сфере экономики.

В этой связи для обеспечения гарантий при проведении мероприятий, направленных на пресечение преступлений в сфере экономической деятельности, возможно только при наличии соответ-

ствующего повода к возбуждению дела об административном правонарушении или уголовного дела, а должностные лица органов внутренних дел при проведении таких мероприятий должны будут руководствоваться только теми процедурами и порядком их применения, которые прямо предусмотрены УПК РФ и КоАП РФ.

В настоящее время ст. 144 УПК РФ предусматривает более полный перечень инструментов доказания при проверке сообщения о преступлении. Так, дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий³.

Данный подход является наиболее приемлемым, так как, с одной стороны, обеспечиваются права граждан и интересы государства в защите от криминальной экономической деятельности, а с другой, гарантируются права предпринимателей от произвола недобросовестных сотрудников правоохранительных органов.

¹ *О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности*: Указ Президента Российской Федерации от 15 мая 2008 г. № 797// Рос. газета. 2008. 15 мая.

² *Приказ МВД РФ от 30.03.2010 N 249 "Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств"* // Рос. газета. 2010. 7 июля.

³ *Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 03.02.2014)* // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

Т.В. Пащенко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

МЕТОДЫ ИССЛЕДОВАНИЯ СУДЕБНО-БУХГАЛТЕРСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

Центральное место в методике бухгалтерской экспертизы занимает метод исследования. Выбор и применение того или иного метода зависят от предмета и объекта экспертизы, иногда разрабатываются специальные системы методов, которые образуют частные методики экспертных исследований. В зависимости от конкретно поставленной задачи, эксперт избирает необходимый метод, т.е. специфические приемы, при помощи которых изучается предмет.

Прием – это отдельное действие, движение, способ осуществления чего-нибудь, а методом судебной экспертизы является совокупность приемов, применяемых экспертом при исследовании бухгалтерских документов и материалов уголовного дела. Методы исследования всегда целенаправлены, потому их соотносят с задачей и объектом изучения.

Предлагается в литературе разная группировка методов. Считаем целесообразным выделять две группы методов: общие и специальные. Однако, учитывая практику проведения экспертиз, из них в целях применения в судебно-бухгалтерской экспертизе следует исключить аналитические методы, такие как, например, функционально-стоимостной анализ, экономико-математические методы, расчет финансовых коэффициентов, т.к. они являются специальными методами не судебно-бухгалтерской, а судебной финансово-аналитической экспертизы. Также не следует относить к методам судебно-бухгалтерской экспертизы устный опрос, т.к. из-за запрета на прямое взаимодействие эксперта и проверяемого субъекта на результаты такого опроса в заключении ссылаться нельзя, а следовательно, как метод проведения судебно-бухгалтерской экспертизы такой опрос неприменим.

Таким образом, предлагается сгруппировать методы судебно-бухгалтерской экспертизы следующим образом:

1) общенаучные методы исследования;

2) частные (специальные) методы исследования, которые в зависимости от способа осуществления можно разделить на

- методы исследования документов (документальной проверки);
- расчетные методы.

К общенаучным методам принято относить такие, как анализ, синтез, сравнение, индукция, дедукция, обобщение и др.

Общенаучные методы являются, скорее, источниками для формирования конкретных методов исследования, поэтому целесообразно подробно рассмотреть специфические методы исследования.

В первой группе специальных методов – методы исследования документов (документальной проверки) – выделяют три подгруппы:

- методы исследования отдельного документа;
- методы исследования взаимосвязанных документов;
- методы проверки документов, отражающих однородные операции.

Однако при разнообразии не все методы отражают суть судебно-бухгалтерской экспертизы как исследования. Рассмотрим некоторые из приемов, в которых проявляется специфика бухгалтерского исследования.

Прежде всего из таких приемов следует выделить формальную и нормативную проверку документов.

Формальная проверка – это внешний осмотр бухгалтерского документа, изучение и взаимное сопоставление его реквизитов. Наиболее интересным здесь является выявление противоречий между реквизитами документа. Они бывают формальные, т.е. между самими реквизитами (например, несоответствие между штампом и печатью по названию предприятия), и логические, проявляющиеся в их необычном сочетании или находящиеся в противоречии с нормальной хозяйственной деятельностью предприятия, например, путем использования форм учетных документов и отчетности, которые появились позже, чем хозяйственные операции, которые они отражают, или упоминание в таких документах показателей, которые на указанную в документе дату либо еще не использовались в учетной терминологии, либо, наоборот, уже перестали использоваться.

Нормативная проверка содержания отдельного документа предусматривает его изучение с точки зрения соответствия действующим законам, нормативным актам, инструкциям, правилам, ГОС-Там, нормам расхода сырья, правильности применения расценок, размера налогов и т.п., а также целесообразности, правомерности отраженной в нем хозяйственной операции.

Данный метод позволяет установить оформленные соответствующим образом, но незаконные по своему содержанию документы. Из-за указанных причин такие документы являются недоброкачественными, дефектными.

Другим распространенным методом является метод взаимного контроля, который заключается в использовании в любом сочетании самых различных документов, прямо либо косвенно отображающих проверяемую хозяйственную операцию. С помощью этого метода решаются две основные задачи: выявляются подложные документы и определяется круг лиц, причастных к нарушению. О наличии в документах подлога могут свидетельствовать отсутствие необходимых взаимосвязанных документов (разрыв в «цепочке» документов) и противоречия в содержании взаимосвязанных документов.

Данный метод является одним из наиболее эффективных, но в то же время достаточно сложным в организационном и методическом плане.

Недостаток метода взаимного контроля заключается в том, что он более трудоемкий и часто требует сопоставления целого ряда взаимосвязанных документов.

Преимущество метода взаимного контроля документов наиболее ярко обнаруживается при выявлении признаков групповой, в том числе и организованной преступности, а также носящей межрегиональный и межотраслевой характер.

Метод взаимного контроля документов помогает решить еще одну важную задачу: задачу моделирования утраченного или искаженного документа. Сопоставляя различные документы, можно построить модель документа в первоначальном виде, что может служить источником информации о содержащихся в нем сведениях.

Третий специфический прием, который отражает существо судебно-бухгалтерской экспертизы как исследования, – это восстановление количественного (количественно-сортового) учета. Возможно сплошное или выборочное восстановление количественного учета. В первом случае восстанавливается вся номенклатура, во втором – проверяется движение отдельных видов объектов учета. На практике сплошное восстановление количественного учета требует больших затрат времени, поэтому эксперты используют его лишь в необходимых случаях. Например, если все приходные и расходные операции с материальными ценностями оформляются первичными документами, а вторичный бухгалтерский учет ведется лишь в суммарном денежном выражении.

Таким образом, представленные методы хоть и не в полной мере, но отражают именно суть бухгалтерского исследования, а их применение отражает специфику судебно-бухгалтерской экспертизы и ее отличие от иных форм использования специальных экономических познаний при расследовании экономических преступлений, в частности от ревизии по поручению органов дознания.

А.С. Тунтула

Черноморский государственный университет им. Петра Могилы, г. Николаев

КЛАССИФИКАЦИЯ И СВОЙСТВА СУБЪЕКТОВ АНТИКРИМИНАЛЬНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Классификацию субъектов антикриминального судопроизводства автор в развитие позиции С.А. Кириченко предлагает представить в таком виде:

1. **Главные субъекты антикриминального судопроизводства** – лица, ответственные за непосредственное, объективное, всестороннее и полное выяснение всех обстоятельств антикриминального дела (руководитель органа досудебного расследования, руководитель следственной или следственно-ордистической группы, следователь, в т.ч. прокурор, выполняющий функции следователя, судья или коллегия судей, в части исключительных функций по получению доказательств – эксперт и руководитель экспертного учреждения) и ордист. Народные заседатели и присяжные должны быть исключены с числа главных субъектов антикриминального судопроизводства.

2. **Вспомогательные субъекты антикриминального судопроизводства** – лица, которые должны способствовать выполнению этих задач (государственный обвинитель; защитник; понятые (от которых следует отказаться при условии обеспечения надежного непрерывного наглядного технического документирования порядка и результатов проведения де-факто процессуальных действий); переводчик; специалист; особые участники процессуальных действий (владелец помещения, где проводится обыск или иное де-факто следственное действие; лица, охраняющие место деяния, и пр.); представитель пенитенциарного учреждения; представитель службы по делам несовершеннолетних; хранитель описанного имущества или вещественных источников доказательств; реализатор вещественных источников доказательств; поручитель; залогодатель; секретарь судебного заседания; судебный распорядитель и др.).

3. **Личностные источники доказательств**, которые, в свою очередь, подразделяются на тех, которые:

3.1. Получают доказательства (эксперт).

3.2. Отстаивают свои права (потерпевший, преследуемый и др.).

3.3. Являются собственным источником (свидетель).

3.4. Временно имеют неопределенный процессуальный статус (заявитель).

Первые две группы субъектов (главные, вспомогательные) могут выступать и в качестве личностного источника, но при этом они теряют предыдущий статус, в то время как личностные источники антикриминальных сведений имеют двойной статус, поскольку являются, с одной стороны, источником такого рода сведений, а с другой стороны, особым субъектом антикриминального судопроизводства. Они должны способствовать установлению истины и правильному разрешению на этой основе антикриминального дела (эффективному, рациональному и качественному преодолению определенного макроправонарушения). Поэтому свидетели, потерпевшие и преследуемые лица должны нести одинаковую антикриминальную ответственность за дачу заведомо ложных показаний и за необоснованный отказ от дачи показаний, а также административную ответственность за уклонение от явки в антиделиктные органы.

Поскольку наиболее значимыми являются личностные источники антикриминальных сведений, следует уточнить, а какие именно их базисные свойства принимаются во внимание при выделении из окружающих антиделиктолога людей такого рода источники:

1. **Антиделиктная значимость**, т.е. когда у антиделиктолога возникает предположение, что в памяти определенного физического лица могут храниться те сведения, которые могут иметь значение для правильного разрешения конкретного антиделиктного (конституционного, антикриминального, административного, дисциплинарного, де-факто имущественно-договорного, де-юре имущественно-договорного) дела.

2. **Вменяемость.** Сведения, получаемые от невменяемых или ограниченно вменяемых лиц, имеют частное антиделиктное значение, т. е. до надлежащего установления такого процедурного статуса лица (в антикриминальном судопроизводстве – на основе лишь стационарной судебно-психиатрической экспертизы) и только в целях установления данного статуса и факта наличия такого рода дефектов психики, соответствующих результатов восприятия определенных фактов и обстоятельств и деяний таким психически больным лицом.

В этой связи следует иметь в виду, что неадекватные сведения как сведения, которые не отвечают в силу тех или иных причин фактическим обстоятельствам анализируемых деяний или событий, подразделяются на заведомо ложные сведения (когда в процессе их получения личностный источник знает, что передает антиделиктологу ложные сведения) и незаведомо ложные сведения (когда в процессе их получения личностный источник полагает, что передает антиделиктологу правдивые сведения, которые же в силу особенностей органов и условий восприятия: расстояние, недостаточное освещение, плохие метеорологические условия, заболевания или особенности органов восприятия и пр., фактически не соответствуют обстоятельствам того, деяния или события, в отношении которого и получаются сведения).

В качестве доказательств могут использоваться как заведомо правдивые сведения, так и не заведомо ложные сведения, а заведомо ложные сведения – лишь по антикриминальному делу о привлечении лица к ответственности за дачу заведомо ложных показаний, заключений.

3. **Сознательность.** От физического лица, находящегося в бессознательном состоянии, получить антиделиктные сведения практически невозможно.

4. **Возрастная характеристика.** Не имеется нижнего возрастного ограничения получения от личностного источника антиделиктных сведений. Главное, чтобы те, сведения, которые можно получить от малолетнего личностного источника, имели антиделиктное значение, а в антикриминальном и, не исключено, в административном судопроизводстве – еще, чтобы эти сведения нельзя было получить от иного источника, нежели малолетний личностный источник.

В антикриминальном судопроизводстве важно также исключать повторное получение от малолетнего личностного источника антикриминальных сведений. Ведь такая процедура в любом случае негативно влияет на развитие личностного источника, порой, не меньше, нежели собственно общественно опасное деяние, в отношении обстоятельств которого и получаются сведения.

Важно предусмотреть единое для всех отраслей права возрастное деление несовершеннолетних (которые в любом из судопроизводств выступают лишь в качестве личностных источников) на: 1. Младенцев (до 2-х или 3-х лет, еще не умеющих полноценно общаться). 2. Малолетних (до 14-ти лет). 3. Подростков (от 14 до 18-ти лет).

Целесообразно установить и антикриминальную ответственность за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний с 14-летнего возраста. Ведь в таком аспекте 14-летний подросток ничем не отличается от 16-летнего. Иначе следует возраст малолетства поднимать до 16-ти лет, что выглядит необоснованным. Не следует среди несовершеннолетних выделять и 11-летних, что сделано в антикриминальной отрасли права.

В.И. Шмыков

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРАВОВАЯ РЕГУЛЯЦИЯ: МЕТАСИСТЕМА ОПОСРЕДОВАНИЯ ПСИХОЛОГИИ ЖИЗНЕДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В предыдущих публикациях Пермского конгресса юристов мы знакомили с результатами социально-психологического этапа исследования:

1. 2010. Жизнедеятельность юристов в объект-субъектном отображении (оценка населением социальных институтов; отношение к органам внутренних дел; негативные явления в деятельности юристов; общественные проблемы, связанные с негативными явлениями в правоотношениях).

2. 2011. Жизнедеятельность юристов в субъект-объектном отображении (условия жизни; ресурсность – «оценка потерь–приобретений»; стрессогенность – «неблагоприятные ситуации жизнедеятельности»).

3. 2012. Сфера права в психологии жизнедеятельности: организация труда и производительность–привлекательность правовой деятельности.

В настоящей публикации представлен отчёт об очередном этапе изучения проблем правовой регуляции систем «человек» - «общество»: *метасистема опосредования психологии жизнедеятельности*.

Прежде описания результатов обратимся к теоретическим основам. В пермской школе психологии (теория интегральной индивидуальности (ИИ) – В.С. Мерлин), изучающей развитие индивидуальности как системы, обращаются к анализу статистической связи между уровнями индивидуальности, объектной детерминации и обусловленности свойствами субъекта. В интегральном исследовании индивидуальности основной задачей является установление *опосредующих звеньев*. «Рассматривая ИИ по образцу большой самоорганизуемой системы, мы нашли, что... опосредующим звеном между разными уровнями этой системы является индивидуальный стиль жизнедеятельности или деятельности. <...> при его усвоении образуется ... система элементов *жизнедеятельности* или деятельности...»¹.

Изучение их имеет существенное значение, так как «...путем создания условий для возникновения того или иного опосредующего звена практик (учитель, воспитатель, психолог, психотерапевт и т.д.) получает возможность целенаправленно влиять на развитие индивидуальности человека»². Примером являются исследования стиля активности осуждённых³, стиля деятельности сотрудников милиции⁴. В системном исследовании интегральной индивидуальности считается необходимым в поиске опосредующего звена учитывать внешние условия и требования деятельности: «... существует ... источник, побуждающий к интегральному исследованию индивидуальности человека, – требования общественной практики. Решение любой практической задачи, касающейся человека, только тогда будет наиболее точным и полным, когда мы учитываем все многообразие условий, определяющих деятельность человека...»⁵.

Применительно к изучаемой нами проблеме жизнедеятельности это положение имеет основополагающее значение полисистемной детерминации механизма правовой регуляции. Статистически значимыми ($P\text{-Level} < 0,01$) являются эффекты влияния систем «общество» (условия жизни) и «индивидуальность» (типы индивидуальности) на формирование жизнедеятельности (ЖД) юриста. На этом основании становится возможным констатировать, что структура жизнедеятельности служит *опосредующим звеном* и *метасистемным* образованием, формируемым и формирующимся при взаимодействии систем «общество» и «индивидуальность». Структура ЖД (юристов уголовно-правовой и гражданско-правовой сферы права) выражает и дифференцирует компоненты (статичная характеристика), отображает эффекты взаимодействующих систем (полисистемное влияние), а также их изменение (динамику) – реальность правовой специфики России.

Для примера, компоненты ЖД изменяются под влиянием внешних и внутренних условий. Стратегии ЖД курсантов отличаются от стратегий ЖД сотрудников ОВД со стажем и студентов. Под влиянием условий жизни, представлений (у курсантов *учебно-служебные условия с лимитирующими тенденциями профессионального благополучия*; представление *дефицитарно-дискурсивное: сниженное, недостаточно адекватное, беззаботное, самоуверенное*) формируется следующая присущая этой группе стратегия ЖД ($P\text{-Level} < 0,01$): высокая интенция общения и легкость общения, низкая интенция развития личности и высокая дистанция к работе (DF); отказ при неудаче (RT) и неконформность взаимодействия с коллегами (ДМО 1-4), зависимость (потребность в помощи) и избегание (при решении служебных задач), высокая агрессия и импульсивность (прямолинейность) при взаимодействии с гражданами в ситуации правовой регуляции.

Такие показатели ЖД с возрастом и стажем работы, иными представлениями изменяются. У сотрудников ОВД со стажем вследствие воздействий других внешних и внутренних условий иная выраженность ЖД. Условия жизни у сотрудников ОВД со стажем являются *особыми по напряженности, лимитирующими по ресурсности жизни*, а представления *адекватными осцилляторно-ремиттирующими (антагонистические с сохранением и повторением тормозящих механизмов в течение длительного времени)*. Стратегии ЖД у сотрудников ОВД со стажем иные ($P\text{-Level} < 0,01$): *интенция* (стремление) к общению уменьшается, нарастает социальная желательность («законопослушность» поведения); легкость межличностного общения (*регулятивный уровень*) затрудняется, уменьшается неконформность (властность) отношений с коллегами (ДМО 1-4) и уменьшаются (!) зависимость и сотрудничество (ДМО 6,7); *результативный компонент* – успешность – повышается (но запаздывает в ответе на требования общества), патопсихологические изменения личности (GT) положительно коррелируют с агрессией.

У гражданско-правовых юристов условия жизни более благоприятные, по сравнению с юристами уголовно-правовой специализации, поэтому наблюдаются *ламинарные явления качества жизни и профессионального благополучия, санкционирующие ресурсность*. Стратегии ЖД у гражданско-

правовых юристов другие вследствие воздействий других внешних и внутренних условий (P-Level<0,01): на *регулятивном уровне*: конформные отношения с коллегами (ДМО-5.6: покорность, сотрудничество), дистанция по отношению к труду (можно «забыть» о работе по окончании рабочего дня), отказ при неудаче (RT - «примирение» с неудачей и отказ от её преодоления), тревожно - агрессивное состояние (психическое состояние в кризисе), легкость межличностного общения затрудняется, нарастает пассивное взаимодействие с гражданами (избегание при решении служебных задач), просоциальные методы воздействия (социальные контакты) увеличиваются с одновременным нарастанием (!!) агрессивных способов воздействия на граждан в правовой деятельности (регуляции) на фоне (*результативный компонент*) патопсихологических изменений личности (GT, преимущественно PAR - подозрительности, иллюзорности; PNOB - страха на определённых людей; ANX - тревожности; INT - обострённого чувства собственного Я; SOM - психосоматических расстройств).

Отмеченное характеризует полисистемный механизм правовой регуляции жизнедеятельности человека. Выводы имеют практическую значимость, основаны на взаимодействии систем в детерминации ЖД. Результаты влияния индивидуальных свойств и взаимодействия с окружающим миром на организацию ЖД в соответствии с поставленными задачами являются обоснованными и будут представлены в следующих публикациях.

¹ Мерлин В.С. Очерк интегрального исследования индивидуальности. М., 1986. С. 212.

² Вяткин Б.А., Щукин М.Р. Человек – стиль – социум: полисистемное взаимодействие в образовательном пространстве: монография / перм. гос. пед. ун-т. Пермь, 2007. С. 195.

³ Шмыков В.И. Психология личности осуждённых / Юридическая наука и практика: сб. статей. Пермь, 2003. С. 288–293.

⁴ Кузнецова Е.Г. Стиль профессиональной деятельности и его динамика в связи с профессиональным развитием: автореф. дис. ... канд. пед. н. Пермь, 2000.

⁵ Мерлин В.С. Указ соч. С. 27.

В.Ю. Эккерт, Т.Е. Эккерт

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ОСОБЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИИ РАСКРЫТИЯ И РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ В СФЕРЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Специфика организации раскрытия и расследования преступлений экономической направленности состоит в том, что на стадии предварительного расследования ключевая роль отводится проведению бухгалтерских и финансово-аналитических экспертиз, а также установлению роли каждого субъекта противоправного деяния в совершении преступления. Стадия раскрытия преступления определяется прежде всего его выявлением, что в подавляющем большинстве случаев происходит вне процессуальных рамок предварительного расследования.

Выявление преступлений экономической направленности с учетом своей непроцессуальности содержит высокие коррупционные риски со стороны проверяющих органов.

В связи с этим Указом Президента РФ №797 от 15.05.2008¹ и рядом нормативно-правовых актов введены определенные ограничения по срокам и организации такой внепроцессуальной деятельности.

При проверке данных, указывающих на признаки преступления, связанного с нарушением законодательства, а также с нарушениями финансовой, хозяйственной, предпринимательской и торговой деятельности руководствуются Инструкцией о порядке проведения сотрудниками милиции проверок и ревизий финансовой, хозяйственной, предпринимательской и торговой деятельности².

Порядок представления оперативными подразделениями органов, осуществляющих оперативно-разыскную деятельность, результатов оперативно-разыскных мероприятий органу дознания, следователю или в суд при наличии в них достаточных данных, указывающих на признаки преступления, также определен соответствующей инструкцией (утв. Приказами МВД России №776, Минобороны России №703, ФСБ России №509, ФСО России №507, ФТС России №1820, СВР России №42, ФСИН России №535, ФСКН России №398, СК России №68 от 27.09.2013)³. Этой же инструкцией продиктован порядок выполнения поручения дознавателем, органом дознания, следователем, а также судебным решением о проведении оперативно-разыскных мероприятий по уголовным делам и материалам проверки сообщений о преступлениях, находящимся в их производстве.

Порядок проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-разыскного мероприятия – обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств также закреплен в соответствующей инструкции (утв. Приказом МВД РФ от 30 марта 2010 г. №249)⁴.

Органам предварительного расследования не всегда удается тактически и процессуально грамотно организовать проведение следственных мероприятий по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности, а органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность, – грамотно легализовать оперативно-разыскные мероприятия.

Сложность расследования данного вида преступлений заключается и в том, чтобы уже на первоначальных этапах правильно квалифицировать состав преступления, определить предмет доказывания и объемы собираемых доказательств, поскольку исходя из предмета и объема доказывания предстоит спланировать весь комплекс следственных и оперативно-разыскных мероприятий, а также провести конкретные неотложные следственные и оперативные мероприятия по поиску и закреплению доказательств.

Успех производства таких следственных действий и оперативно-разыскных мероприятий в первую очередь определяется фактором неожиданности при наличии грамотных, в том числе версионных, предположений и знаний о месте нахождения предметов и документов, могущих служить впоследствии в качестве доказательства по уголовному делу.

Необходимо отметить, что все выявленные преступления составили практику возбуждения уголовного дела и успешного направления в суд по результатам проверок финансово-экономической деятельности предприятий и учреждений различными контрольными и надзорными органами. Основными результатами таких проверок явились факты выявленных хищений, нецелевого использования денежных средств либо иные виды присвоений товарно-материальных ценностей.

При проведении проверок контрольные органы делают основной упор на установление факта выведения либо хищения денежных средств и материальных ценностей. Однако при этом зачастую не обращают внимания на установление и собирание доказательственной базы фактов личной заинтересованности субъектов преступлений. Кроме того, с момента выявления противоправного деяния и до момента возбуждения уголовного дела, как правило, проходит значительный период времени, связанный с длительностью бухгалтерских и финансово-аналитических исследований, а в ряде случаев и встречных проверок, в результате теряет свое значение фактор неожиданности, играющий важную роль в формировании тактики проведения следственных и оперативных мероприятий по делам этой категории.

После возбуждения уголовного дела на основании выявленных контрольно-надзорными органами фактов злоупотреблений и хищений субъекты преступлений уже к моменту проведения первоначальных следственных действий успевают вступить друг с другом в сговор и организовать противодействие расследованию.

Имеются определенные особенности в тактике организации раскрытия и расследования преступлений экономической направленности, когда такие преступления были выявлены органами, уполномоченными осуществлять оперативно-разыскную деятельность. Это наличие в материалах дел сведений о всей выявленной цепочке участников противоправного деяния. Несомненным положительным моментом в этом случае будет возможность планирования тактики проведения следственных действий, поиска и закрепления доказательств. При этом зачастую успех в обнаружении и изъятии необходимых документов зависит от грамотно проведенного анализа первоначально добытых материалов и верного построения версий.

В тех случаях, когда раскрытие и расследование преступления предстоят при наличии только заявления о совершении преступления, следствие имеет в качестве отправной точки к началу расследования определенную часть сведений о совершенном преступлении, объем и субъективизм содержания которой, определяется личностью заявителя.

Успеху в организации раскрытия и расследования преступлений экономической направленности предшествует тщательное планирование организации следственных действий. Координация работы следователя и сотрудников оперативных подразделений позволяет тактически грамотно провести следственные мероприятия и получить необходимый для расследования уголовного дела результат.

⁴ О неотложных мерах по ликвидации административных ограничений при осуществлении предпринимательской деятельности: указ Президента Российской Федерации от 15 мая 2008 г. №797 // Рос. газета. 2008. 15 мая.

² *Об утверждении* Инструкции о порядке проведения сотрудниками милиции проверок и ревизий финансовой, хозяйственной, предпринимательской и торговой деятельности: Приказ МВД РФ от 02.08.2005 №636 (ред. от 13.09.2007) // Рос. газета. 2005. 12 авг.

³ Приказ МВД России №776, Минобороны России №703, ФСБ России №509, ФСО России №507, ФТС России №1820, СВР России №42, ФСИН России №535, ФСКН России №398, СК России №68 от 27.09.2013 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд» // Рос. газета. 2013. №282. 13 дек.

⁴ *Приказ* МВД РФ от 30 марта 2010 г. N 249 «Об утверждении Инструкции о порядке проведения сотрудниками органов внутренних дел гласного оперативно-розыскного мероприятия обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» // Там же. 2010. 7 июля. №147.

VIII. МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

Т.Е. Логинова

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ИСТОКИ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ РАЗДРОБЛЕННОСТИ СРЕДНЕВЕКОВОЙ ГЕРМАНИИ

По Верденскому договору 843 г. Восточно-Франкское королевство стало называться с X века Тевтонией. Но с формально-юридической точки зрения этот процесс не означал образования собственно германского государства. В состав Восточно-Франкского королевства не входили сначала многие восточные районы империи Карла Великого. И хотя к концу IX века в результате энергичной деятельности восточно-франкских королей (в первую очередь Людовика Немецкого) к королевству были присоединены Франкония, Швабия, территория фризов, по условиям Верденского договора «единая империя» продолжала формально существовать – «братья обещали дружно содействовать посредством периодических съездов порядку в ведении общих дел, поддержанию братства»¹. Вместе с тем почти сразу после подписания Верденского договора выявились серьезные противоречия между правителями восточной и западной частей распавшейся империи франков. Территориальные разногласия способствовали углублению и политических противоречий между Восточно-Франкским и Западно-Франкским королевствами. Этот процесс отчетливо проявился во второй половине IX века в ходе борьбы между Каролингами за императорскую корону.

Носителями императорского титула с 843 по 875 гг. являлись представители лотарингской ветви Каролингов – Лотарь I и его сын Людовик II. После смерти Людовика II между восточно-франкским королем Людовиком Немецким и западно-франкским королем Карлом Лысым началось ожесточенное соперничество из-за императорской короны, в ходе которого произошло их окончательное размежевание и фактически завершилось разрушение Франкской империи.

Восточно-Франкское королевство не испытывало серьезного влияния римских общественных отношений. Здесь долгое время сохранялся значительный слой средних и крупных свободных земельных собственников – аллодистов. Сохранение аллоидальных владений, по мнению Л.И. Дембо, привело к тому, что «принцип *nulle terre sans seigneur* (нет земли без господина) никогда не проводился в Германии так последовательно, как во Франции»².

В отдельных районах королевства продолжали существовать потомки могущественной родоплеменной знати, которые в бытность были крупными военными предводителями племен. Именно представители «герцогской» феодальной знати Восточно-Франкского королевства конкурировали друг с другом в борьбе за королевский престол. Вообще, проблема «сепаратизма» во Франкском государстве возникла еще до создания империи Карла Великого, что было связано со стремлением франкских королей подчинить себе все галльские племена, территории которых после завоевания Галлии были включены в состав королевства. Но реально власть короля распространялась сначала только на центральные районы. Пограничные же территории в королевстве франков не ощущали сильного влияния центра, и именно здесь во время правления относительно слабых королей династии Меровингов преобладали сепаратистские настроения, а во второй половине VII в. при Сигиберте пограничные провинции королевства вообще «были утрачены»³. Проблема «герцогского сепаратизма» вновь обострилась в империи Карла Великого, который решительно боролся с этим явлением. В 70-х гг. VIII в. Бавария в ходе подавления восстания лангобардов оказалась присоединенной к империи, «звание герцога было упразднено в Баварии и управление ею было поручено одному из графов»⁴. В результате завоевания Саксонии (772–804 гг.) четыре племенных саксонских герцога превратились в вассалов императора, как и правители других частей империи.

После Верденского раздела на территориях традиционно мятежных частей бывшей Франкской империи (в Саксонии, Баварии, Франконии и Швабии) стремления герцогов к политической самостоятельности выявились наиболее ярко, когда во второй половине IX в. они попытались восстановить утраченные привилегии и положение военных предводителей своих территорий. Экономической основой такой политики служили натуральное сельское хозяйство и связанная с ним замкнутость местного хозяйства. В итоге это привело лишь к группировке интересов по провинциям, вокруг чисто местных центров, и потому к политической раздробленности, которая вскоре прочно утвердилась вследствие вытеснения Германии из мировой торговли. Положение восточно-франкских королей как единственных носителей властных полномочий в государстве было непрочным из-за незавершенности

сти процесса феодализации общества и связанную с этим устойчивость многих родовых институтов (положение племенного вождя, важная роль марки, сохранение племенных связей).

В 911 г. в Восточно-Франкском королевстве прекратилось правление немецкой ветви Каролингов, что резко обострило взаимоотношения между феодальной знатью и герцогами Франконии, Швабии, Баварии, которые начали ожесточенную борьбу за королевский престол. Замещение королевского престола временно перешло в ведение высшей феодальной знати герцогств. Борьба за королевский престол обострилась настолько, что в 919 г. были избраны сразу два короля – Генрих Саксонский (при поддержке саксонской и франконской феодальной знати) и Арнульф Баварский. Генрих I попытался договориться с герцогами и нейтрализовать их агрессивность по отношению к королевской власти. Так, в договорах Генриха I со швабским герцогом Бурхардом и баварским герцогом Арнульфом «оба герцога, как в решениях по внутренним вопросам, так и во внешней политике, сохраняют свою самостоятельность... Они, как и прежде, самовластно расширяют влияние своих племен в Венгрии, Италии и Бургундии; они называют свои страны государствами; они ведут летоисчисление по годам своего правления, они позволяют чеканить монету...»⁵. При Генрихе Саксонском сложился порядок династического наследования, когда при жизни короля провозглашался новый король – соправитель. Так, в 936 г. новым королем – соправителем на рейхстаге в Эрфурте был провозглашен его сын Оттон. Исследователи отмечают, что в период правления Оттона I власть короля значительно окрепла. Оттон I после удачного похода в Италию в 962 г. получил от Папы римского титул римского императора, в результате чего впоследствии германское феодальное государство стало именоваться «Священной римской империей германской нации». Оттон I, назначая епископов, наделял их обширными земельными владениями и ставил в положение своих головных ленников (вассалов). Завоевательную политику продолжали потомки Оттона, императоры франкской династии, а затем и швабской династии Штауфенов. Хотя власть этих императоров была по своей природе властью сюзерена, то обстоятельство, что такой властью обладали крупнейшие феодальные магнаты, постоянно выступавшие в роли военачальников, делало ее сильной.

Но особенностью политики германских королей-императоров являлось то, что она не преследовала в конечном счете цель полной ликвидации суверенных прав владетельных сеньоров-герцогов, а позже и других крупных германских феодалов-князей. Осуществляя итальянские походы и ведя борьбу с римской курией по вопросу инвеституры, германские короли, как известно, старались не вмешиваться во внутренние дела герцогов, оставляя за ними важнейшие привилегии и закрепляя их имперскими актами. В ленно-правовых отношениях «власть германского короля и императора почти не простиралась за пределы его собственных владений»⁶.

Пока велись завоевательные войны и императоры оставались могущественными, вотчинники были вынуждены подчиняться центральной власти. С ослаблением же императорской власти, прекращением завоевательных походов и ростом междоусобиц, в Германии возникла политическая децентрализация, истоки которой лежат еще в раннем средневековье.

¹ Лампрехт К. История германского народа. М., 1894. Т. 1. С. 329.

² Дембо Л.И. Государственное устройство Германии в XIII в. // Саксонское Зерцало. М., 1985. С. 184.

³ Лампрехт К. Указ. соч. С. 331.

⁴ История средних веков / под ред. А.Д.Удальцова и др. М., 1938. Т. 1. С. 97.

⁵ Лампрехт К. Указ. соч. С. 396.

⁶ Дембо Л.И. Указ. соч. С. 189–190.

Л.А. Мусаелян

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

НЕКОТОРЫЕ СООБРАЖЕНИЕ О КРИЗИСЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Системный кризис современной цивилизации является общепризнанным фактом. Этот кризис проявляется в трех аспектах: кризис традиционных средств и методов решения глобальных проблем; международных институтов; пути развития цивилизации. Важной стороной кризиса цивилизации является кризис современного международного права. Он выражается в неспособности международного права адекватно реагировать на главные вызовы и риски, поддерживать стабильный миропорядок и устойчивое развитие социума. Разрыв между потребностью человечества в быстром и эффективном разрешении возникающих проблем и возможностями международного права постоянно растет. По-

этому само состояние современного международного права оказывается одним из существенных факторов углубления кризиса цивилизации и нарастания конфликтности в мире. В этой связи можно согласиться с В. Зорькиным в том, что кризис международного права приближает нашу цивилизацию к краю бездны.

Кризис международного права оказывается катализатором углубления кризиса цивилизации еще и потому, что основными субъектами антиправовой культуры являются главные акторы мировой политики и к тому же основатели ООН. Подобная практика великих держав приводит к девальвации международного права и падению престижа международных институтов, призванных регулировать международные отношения.

В чем конкретно выражается кризис международного права? Прежде всего в распространении правового нигилизма и ее крайней формы – цинизма, практике двойных стандартов, демонстративном невыполнении принятых на себя обязательств.

Как представляется, факторы, обуславливающие кризис международного права, можно условно разделить на три группы: **доктринальные**, **цивилизационные** и **геополитические**. К **доктринальным** следует отнести состояние современного международного права. Здесь можно выделить, по крайней мере, три проблемы. Во-первых, *отсутствие точных нормативных установлений, позволяющих реализовывать общепризнанные принципы* международного права (В. Зорькин). Во-вторых, *существование коллизий между общепризнанными принципами международного права*, что, как заметил В. Путин, является благодатной почвой для некоторых политических акторов «подверстывать» тот или иной вариант решения международных проблем под свои интересы. В-третьих, *пробельность права*, вызванная возникновением в результате глобализации новых субъектов экономических и политических отношений. Здесь помимо МВФ, ВТО, ВБ следует особо отметить ТНК, активность которых в последние четверть века значительно возросла. К тому же их деятельность чаще всего проходит вне публичной сферы, т.е. фактически не контролируется правом. Подобная деятельность новых субъектов порождает в разных регионах земного шара кризисные явления, локальные конфликты, таящие в себе угрозу стабильности и безопасности в мире.

Ко второй (**цивилизационной**) группе факторов, порождающих кризис международного права, следует отнести особую правовую ментальность элиты ведущей державы мира. Правовые системы различных народов и эпох представляют отражение соответствующих экономических отношений (Ф. Энгельс). Американская правовая система и правовое сознание заметно отличаются от стран континентальной Европы, что обусловлено особенностью развития капитализма в США. В Америку буржуазная цивилизация ворвалась из Великобритании без весомого гуманистического потенциала, накопленного народами континентальной Европы в результате своего почти трехтысячелетнего развития. В Новом Свете капитализм в отсутствие конкурирующих идей и социальных идеалов стал развиваться невиданными темпами. В результате к концу XX столетия США входят в число ведущих держав мира, а через сто лет превращаются в самое мощное государство в мире. Эти успехи породили у американцев имперское мышление. Кроме того, английский рационализм, перенесенный на американскую почву, мутировал в прагматизм, являющийся философским эквивалентом американского менталитета. Философия прагматизма является теоретической основой американской политико-правовой системы. Характер знаний прагматизм определяет не по их отношению к отображаемой реальности, а по их значению для субъекта. Знания истинны, если они полезны для решения данной проблемы в конкретной жизненной ситуации. Стало быть, если истина это то что полезно, то полезное не есть истина. Подобный подход в понимании истины сказывается в понимании права, законности, справедливости. Согласно распространенным в Америке теориям юридического реализма (М. Каплан, К. Ллевелин и др.) и политически объективированного подхода (М. Макдугал и др.), право не есть система абстрактных общеобязательных норм, а процесс принятия судебных и властных решений, принимаемых в конкретных ситуациях. При принятии решений определяющее значение имеет социальный контекст проблемы, а в международном праве – экономические и политические интересы США. Если учитывать еще глубоко укоренившееся у американской элиты имперское мышление и сознание исключительности американской нации в мире, становится понятным, почему для администрации США определяющим чаще всего является не сила права, а право силы.

Значимым фактором аберрации политико-правового мышления американской элиты является ее предельная идеологизированность. Смысл этой идеологии «социального дарвинизма», согласно Дж. Соросу, сводится к следующему простенькому умозаключению: «Раз мы сильнее всех, то значит умнее всех и, значит, право на нашей стороне». Руководствуясь этим правом сильного, США блокируют любые действия в мире, которые на их взгляд являются вызовом лидерству Америки. Посколь-

ку международное право мешает США применять в каждом таком случае силу без санкций СБ ООН, отсюда и их негативное отношение к этим институтам.

Опасность правового нигилизма и двойных стандартов, демонстрируемых США, заключается еще и в том, что благодаря их усилиям подобная практика превращается в международное явление. Глобализуя мир по своему образу и подобию, США во второй половине XX века включили в сферу своего влияния почти всю Европу, многие страны Азии, Африки, Америки, Австралию. Это позволяет им при осуществлении различных силовых или экономических противоправных акций подключать своих союзников, придавая видимость правоприемлемой политики. В результате подобных коллективных действий большие территории наиболее развитых континентов земного шара выпадают из правового пространства, что дает основание говорить о сознательном разрушении Соединенными Штатами «цивилизации права».

Важным силовым инструментом реализации геополитической стратегии США является НАТО. Этот реликт холодной войны оказывается сегодня еще и существенным фактором ослабления ООН и разрушения международного права.

С точки зрения многих исследователей, в том числе и американских, приверженность США к простым силовым методам решения сложных мировых проблем обусловлена также особенностью их истории и культуры. В отличие от китайцев или итальянцев американцы фактически не имеют истории, фундаментальной культуры, мотивирующей на глубокие и всесторонние размышления, так необходимые при решении острых международных проблем. Изолированность существования, слабое знание географии, мировой истории, культуры других народов формирует в общественном сознании американцев простую черно-белую картину окружающего мира, где сосуществуют «хорошие» и «плохие» парни. Последние живут и мыслят не так как американцы, не следуют их советам и, более того, «вставляют палки в колеса» Америки. Учитывая исключительность американской нации, Бог наделил Америку правом освободить человечество от «плохих» парней, т.е. «зла».

В последние годы указанная «освободительная» деятельность «бастиона свободы и демократии», коим считает США ее элита (и некоторых их союзники за рубежом), резко активизировалась. Это проявляется в череде «цветных революций» (т.е. государственных переворотов), развязыванием гражданских войн, применении военной силы, объявлении экономических санкций и других действиях, противоречащих нормам международного права. Чем вызвана такая активность? Здесь дает о себе знать третий, **геополитический**, фактор кризиса международного права.

Неравномерность исторического процесса способствует смещению центра мир-истории из Нового Света в район Азии. Наметились тенденции перехода человечества от монополярного мира к многополярному. Меняется политическая, экономическая, финансовая архитектура мира, сформировавшаяся в конце XX столетия. Мировая империя, сопротивляясь, медленно сдает свои позиции. США стремятся блокировать центробежные тенденции в мире, сохранить свою гегемонию и вернуть человечество к монополярному миру. Когда пытаются противодействовать объективному историческому процессу, общепризнанные принципы международного права могут быть только помехой, ибо они были вызваны к жизни, чтобы содействовать устойчивому развитию человечества.

А.И. Семешко

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

В.Г. Куранов

Пермская государственная медицинская академия им. ак. Е.А. Вагнера, г. Пермь

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ВРАЧЕБНОЙ ТАЙНЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА ОСНОВЕ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

На сегодняшний день вопрос охраны информации о состоянии здоровья человека является одним из наиболее обсуждаемых как с правовой, так и социальной точки зрения, причем как на международном, так и на национальном уровне. Актуальность исследуемого вопроса базируется на определяющей роли сохранения конфиденциальности информации пациента, полученной медицинским работником в ходе осуществления своей профессиональной деятельности по отношению к конкретному пациенту. По сути, отношение медицинского персонала к сведениям о пациенте – это один из важных элементов обращения врача с пациентом в целом, соответственно определяющих основы медицин-

ской этики и деонтологии, в частности. Возникновение института врачебной тайны связано с необходимостью использования сведений, составляющих врачебную тайну в период оказания ему медицинской помощи. При этом гарантом правомерного использования таких сведений является государство, в связи с чем предельно важно легализовать порядок обращения с исследуемой информацией (сведениями, составляющими врачебную тайну) и ответственность за нарушение установленного порядка.

Необходимо отметить, что международно-правовые акты не содержат дефиниции врачебной либо медицинской тайны, при этом ориентируют на соблюдение неприкосновенности частной жизни. Так, Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций 10 декабря 1948 г.)¹ в ст. 3 устанавливает, что каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность. Далее, в ст. 12 Декларация закрепляет: «Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции или на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств». Аналогичная норма содержится в ст. 29 Международного пакта от 16 декабря 1966 г. о гражданских и политических правах².

Легальное определение врачебной тайны в международно-правовых актах отсутствует. Например, Международный кодекс медицинской этики 1949 г.³ фиксирует правило о том, что «врач должен хранить врачебную тайну», однако не раскрывает данное положение, по всей видимости, в связи с предположением об очевидности его понимания. Отметим, что названный документ носит рекомендательный характер и закрепляет обязанность хранить врачебную тайну скорее как этический императив, нежели как юридическое предписание.

Лиссабонская декларация Всемирной медицинской организации 1981 г.⁴ рассматривает сохранение конфиденциальности информации о состоянии здоровья как один из принципов реализации прав пациента.

Право на защиту личных данных (очевидно, включающих в себя и врачебную тайну) признает за пациентом и Хартия основных прав ЕС 2000 г.⁵ Аналогичное право дублируется и в Европейской хартии прав пациента 2002 г.⁶

Представляется, что документы Европейского Союза и международных организаций, действующих в сфере охраны здоровья, хотя и носят более обязывающий характер, нежели этические кодексы, недостаточно детально регулируют институт врачебной тайны. Декларируя право пациента на сохранение в тайне личной информации, названные акты не затрагивают возможности разглашения врачебной тайны (как при наличии согласия пациента, так и при отсутствии такого согласия).

В правовой системе Российской Федерации институт врачебной тайны базируется на Конституции⁷, закрепляющей в ст. 23 право каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну.

Основным нормативным правовым актом, регулирующим институт врачебной тайны, является Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ⁸ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – Закон об охране здоровья). При этом представляется необходимым учитывать положения Федерального закона от 27.06.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁹ (далее – Закон об информации).

По Закону об информации врачебная тайна является одним из видов тайны профессиональной. Такая информация может быть получена гражданином (физическим лицом) при исполнении им профессиональных обязанностей или организацией при осуществлении ею определенных видов деятельности. Такая информация подлежит защите в случаях, если на эти лица федеральными законами возложены обязанности по соблюдению конфиденциальности такой информации. Информация, составляющая профессиональную тайну, может быть предоставлена третьим лицам в соответствии с федеральными законами и (или) по решению суда.

Соблюдение врачебной тайны отнесено законодателем к основным принципам охраны здоровья, что подчеркивает значимость данного правового института. Положения Закона сформулированы таким образом, что к врачебной тайне относится, по сути, любая информация, ставшая известной медицинскому работнику от пациента, а не только сведения о состоянии его здоровья.

В соответствии с ч. 1 ст. 13 Закона об охране здоровья к врачебной тайне относятся следующие сведения:

- о факте обращения гражданина за медицинской помощью;
- о состоянии здоровья гражданина;
- о диагнозе;
- иные сведения, полученные от пациента при медицинском обследовании и лечении.

Таким образом, сведения, составляющие врачебную тайну, охватывают собой не только информацию непосредственно о состоянии здоровья человека, но, по сути, любые сведения о частной жизни гражданина.

Признавая право каждого на тайну частной жизни и устанавливая конфиденциальность сведений, составляющих врачебную тайну, законодатель, базируясь на нормах международного права, закрепляет конфиденциальность таких сведений. Закон № 323-ФЗ запрещает разглашать врачебную тайну лицам, которым она стала известна при обучении, исполнении трудовых, должностных, служебных и иных обязанностей. Предоставление информации о состоянии здоровья пациента по общему правилу допускается только с его письменного согласия или с письменного согласия его законного представителя.

На наш взгляд, несмотря на значимость врачебной тайны, этот институт нельзя абсолютизировать. Права личности могут быть ограничены с учетом интересов общества в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Но такие ограничения, как следует из ст. 55 Конституции, возможны только в соответствии с федеральным законом.

Закон об охране здоровья содержит перечень оснований, по которым разглашение врачебной тайны возможно без согласия пациента. Исходя из положений Конституции, такой перечень следует рассматривать как закрытый и не подлежащий расширительному толкованию.

Лица, разгласившие врачебную тайну, могут быть привлечены к различным формам юридической ответственности.

Таким образом, законодательство Российской Федерации по сравнению с нормами международного права содержит не только декларацию права пациента на охрану сведений о состоянии его здоровья, но и предусматривает механизмы реализации указанного права. Также предусмотрены исключения, позволяющие передавать информацию, составляющую врачебную тайну, третьим лицам без согласия пациента, что позволяет соблюсти баланс между частными и публичными интересами.

¹ *Всеобщая декларация прав человека* // Рос. газета. 1995. №67.

² *Международный пакт о гражданских и политических правах* // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. №12.

³ *Международный кодекс медицинской этики 1949 г.* // Врач. 1994. №4. С. 47. URL: <http://www.medinfo.ru>.

⁴ *Лиссабонская декларация Всемирной медицинской организации 1981 г.* URL: http://scilib.biz/mikrobiologiya_1050/lissabonskaya-deklaratsiya-pravah-patsientavma-73670.html (дата обращения 23.07.2014).

⁵ *Хартия Европейского Союза об основных правах* URL: <http://eulaw.ru/treaties/charter> (дата обращения: 23.07.2014).

⁶ *Европейская Хартия прав пациента.* URL: <http://cop.health-rights.org/ru/teaching/51/European-charter-of-patient-s-rights> (дата обращения: 23.07.2014).

⁷ *Конституция Российской Федерации (принята на всенародном референдуме 12 декабря 1993 года)* // Собрание законодательства РФ. 14.04.2014. №15, ст. 1691.

⁸ *Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации* : Федеральный закон от 21.11.2011 №323-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 28.11.2011. №48, ст. 6724.

⁹ *Об информации, информационных технологиях и о защите информации:* Федеральный закон от 27.06.2006 №149-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. №31 (1 ч.), ст. 3448.

Н.А. Чернядьева

Пермский государственный национальный исследовательский университет, г. Пермь

ПРЕСТУПЛЕНИЕ «ТЕРРОРИЗМ» В ПРОЕКТАХ КОДЕКСА ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ МИРА И ЧЕЛОВЕЧНОСТИ

Можно выделить два основных направления формирования антитеррористической международной правовой базы. Первое выражается в разработке и принятии многосторонних договоров, посвященных борьбе с определенными аспектами и формами терроризма. Второе направление - разработка актов, криминализирующих исследуемое явление путем включения его как преступления в соответствующие международные кодексы. Вопрос о терроризме как преступлении, подсудном международному уголовному суду (далее – МУС), обсуждался еще на этапе становления универсальной криминальной юрисдикции. Так, в 1927 г. Дж. Брайерли указывал, что международному уголовному

© Чернядьева Н.А., 2014

Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках проекта проведения научных исследований, проект № 14-03-00128

суду должны быть подсудны не только дела о преступлениях против права войны, но и деяния, совершенные во время мира, лицами, неподсудными суду того государства, на территории которого был факт преступления, например, террористическая атака, совершенная иностранцами. Такие события, считает ученый, вызывают необходимость международных санкций, последствий более значимых, чем государственное судебное расследование.

Крупной попыткой создания международной правовой базы борьбы с терроризмом стал проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 г. В данном документе, в статье 2(6), называется преступлением «ведение или поощрение властями какого-либо государства террористической деятельности в другом государстве, или допущение властями какого-либо государства организованной деятельности, рассчитанной на совершение террористических актов в другом государстве». Ст. 1 кодекса устанавливает ответственность за преступления, предусмотренные в акте, для лиц, представляющих в своей деятельности государство. Таким образом, кодекс называл преступлением лишь терроризм, осуществляемый с участием официальных властей. По мнению Р. Хиггинса, диспозиция статьи охватывала лишь такие варианты поведения государств, которые свидетельствовали об их поддержке и (или) организации террористической деятельности, способной повлиять на мировой порядок (например, акты политических партий, направленные против другого государства). Деяния частных субъектов, ранее попадавшие в сферу внимания международных правотворцев, например, в проекте Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1950 г., были выведены за пределы международной юрисдикции. Соответственно кодекс не установил ответственность за акты индивидуального и организованного террора, совершенные без государственной поддержки, даже если они имели международный эффект и могли быть направлены против человечества или миропорядка.

Формулировка ст. 2(6) кодекса 1954 г. отразила одну из тенденций формирующегося универсального антитеррористического права: нечеткое разграничение понятий «государственная агрессия» и «терроризм». Такое положение, возможно, стало отражением политической реальности середины 50-х г. XX в. и было вызвано необходимостью формирования «утилитарно-приспособленческого» права в условиях отсутствия международно-правового акта, устанавливающего ответственность за применение государством силы (агрессии) по отношению к другим субъектам международно-правового пространства. В целом стоит согласиться с Б. Сол, который называет условия, указанные в ст. 2(6), частным случаем агрессии и считает излишним трактовать их как разновидность терроризма.

В связи с отсутствием межгосударственного консенсуса по поводу определения объема и видов преступлений, за которые государства могли быть привлечены к международной уголовной ответственности, и разногласиями по поводу содержания термина «агрессия» работа над проектом кодекса была приостановлена. В последующем варианты определения агрессии, в том числе и данный в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 1974 г., дистанцировались от признания терроризма формой насильственного государственного поведения. Таким образом, содержательная связь между агрессией и терроризмом в международном правовом пространстве была нарушена. Стоит отметить, что ее прекращение носит не абсолютный характер: в ряде резолюций Генеральной Ассамблеи, Декларации о мерах по ликвидации международного терроризма содержатся призывы о недопустимости политики государственного терроризма, любых действий, направленных на подрыв общественно-политического строя в других суверенных государствах, что содержательно соотносимо с определением агрессии, данным в рамках ООН.

В 1982 г. Комиссия международного права возобновила работу над проектом кодекса и в 1991 г. приняла его в первом чтении.

Проект Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества в ст. 24 предусматривал преступление «международный терроризм», под которым понималось «Совершение представителем государства или его агентом действий по организации, содействию, финансированию, поощрению, укрывательству акта против другого государства, направленных в отношении физических лиц (persons) или имущества и создающих ситуацию террора в сознании публичных сообществ, социальных групп или населения в целом».

Отметим, что представленная формулировка частично повторяет дефиницию, данную Лигой Наций в 1937 г. (...создание ситуации террора в сознании...). В рамках уже сложившейся международно-правовой традиции акт называет терроризмом лишь деятельность, осуществляемую с государственным участием. Еще одним пробелом представленного определения назовем игнорирование субъективных элементов поведения (мотив и цель деяния).

Комиссия постановила отложить вопрос об окончательном согласовании редакции акта до получения отзывов и замечаний государств. Перед принятием заключительного проекта кодекса в

1996 г. Комиссия международного права в рамках конкретизации определения международного терроризма обсуждала поступившие предложения о необходимости включения в кодекс ссылок на специализированные Конвенции ООН по вопросам терроризма и о возможности признания терроризма преступлением против человечности. В окончательном варианте оба предложения оказались неучтенными и преступление «акты терроризма» было включено в ст. 20, посвященную военным преступлениям, как деяние, совершенное в нарушение международного гуманитарного права, применимого в случае вооруженного конфликта немеждународного характера. Таким образом, комиссия существенно сузила сферу применения кодекса. Это было сделано в связи с необходимостью обеспечения максимально возможной поддержки акта со стороны национальных правительств: «Подразумевается, что включение некоторых преступлений в кодекс не затрагивает статуса других преступлений по международному праву и что принятие кодекса отнюдь не исключает дальнейшего развития в этой важной области права».

Кодекс преступлений против мира и безопасности не был принят как обязательный международный акт. Генеральная Ассамблея в резолюции 51/160 от 16 декабря 1996 г. выразила признательность Комиссии международного права за завершение работы над проектом кодекса; обратила внимание государств, участвующих в работе Подготовительного комитета по вопросу об учреждении международного уголовного суда, на значимость проекта кодекса для их деятельности.

В 1992 г. комиссия сформулировала принципиальные положения деятельности органа международной уголовной юстиции. К таковым, в частности, относилось положение об ограничении компетенции преступлениями международного характера, определяемыми в конкретно указанных действующих международных договорах, включая (но не ограничиваясь ими) преступления, определенные в проекте Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, после того как он будет принят и вступит в силу.

IX. АНГЛОЯЗЫЧНАЯ СЕКЦИЯ

O.V. Zvyagina

Perm Institute of Economics and Finance, Perm c.

LUXURY TAX IN THE RUSSIAN TAX LAW

From 1 January 2014 in connection with the entry into force of the Law of July 23, 2013 №214-FZ, in Art. 362 of the Tax Code introduced significant changes in terms of calculation of vehicle tax on expensive cars, the average cost of which exceeds 3 million rubles.

In accordance with paragraph 2 of article 362 of the Tax code of the Russian Federation in the current edition of the transport amount of tax payable to the budget for the tax period shall be calculated in respect of each vehicle as the product of the appropriate tax base and tax rate, unless otherwise provided by section 362 of the Code.

When it is determined that in respect of passenger cars average cost of 3 million rubles calculation of the amount of vehicle tax is based on increasing the ratios established by paragraph 2 of article 362 of the Code.

These amendments to the Tax code, which are expensive (from 3 million rubles) of the cars are subject to the increased tax rate came into force on January 1, 2014.

The Ministry of Industry and Trade (Minpromtorg) of the Russian Federation has published the list of cars cost more than 3 million rubles, which will apply increased vehicle tax (luxury tax).

Among the "luxury" brands of vehicles such as Aston Martin, Audi, Bentley, BMW, Bugatti, Cadillac, Ferrari, Hyundai, Infiniti, Jaguar, Jeep, Lamborghini, Land Rover, Lexus, Maserati, Mercedes-Benz, Nissan, Porsche, Rolls-Royce, Toyota and Volkswagen average value of more than 3 million rubles. A list of relevant vehicles shall annually, not later than March 1, placed on the official Internet website of the Ministry of industry and trade of the Russian Federation.

The procedure for calculating the transport tax

Increased vehicle tax is calculated by multiplying the rate of vehicle tax (which is today considered by horse power) by a factor of luxury.

Note that the transport tax on "luxury" cars for 2013 will need to pay under current rules. And for 2014 and subsequent years in new – taking account of the multiplier.

The coefficient of luxury is directly dependent on two factors: the year of the vehicle and its average cost. The number of years since year of manufacture, determined on 1 January of each year. Be aware that the count of years should be from January 1 of the year following the year of the vehicle, and includes a year for which tax is payable.

Note that the average cost of a vehicle is not the price at which you purchased the car. The latter is estimated by the Department of Transport and Special Machinery in accordance with Procedures approved by the Order of the Ministry of Industry and Trade of Russia from February 28, 2014 No. 316.

So, if a car costs from 3 to 5 million rubles, and the year it took two to three years, then the multiplying factor equal to 1.1. If from year of manufacture of such vehicle has passed from one to two years, subject to the application of a factor of 1.3. And in cases when the year of the car is not older than one year, a factor equal to 1.5. Thus, the newer the car, the higher the "luxury" tax.

For cars, the cost of which is from 5 to 10 million rubles, increased the rate is calculated slightly differently. If from year of manufacture such vehicles passed: not more than five years, the factor is 2; not more than ten years – 3. For cars cost more than 15 million rubles, with the year less than 20 years, vehicle tax will be levied with a factor of 3.

How did luxury tax the Russian tax legislation?

It is interesting to note that in the history of human development in different epochs luxury was considered most unusual items: for example, tulips in medieval Holland, horses, dogs, coats, watches, gloves, boots, etc.

Luxury tax in the modern sense appeared quite a long time, especially active in the development of this tax was in the XVII and XVIII centuries. Now such taxes in one form or another exist in many countries: USA, France, Great Britain, Croatia, Italy and other. For example, only in Sardinia luxury tax generates about \$ 1 billion annually.

In 2012 the Ministry of Economic Development has initiated legislation and proposed to levy tax on luxury real estate area of 1000 square meters and cars with a capacity of more than 200-250 PS.

Leading realtors countries voted against this project, stating that the basis of the tax on "luxury" in respect of property should not lay the square, and the value of the property.

Experts of the automotive market has also spoken out against this project and explained that it is better to consider the cost of the car, not the power of its engine.

In the project the members of the "Fair Russia" has been proposed by the following calculation: expensive cars, yachts and planes would be subject to tax: 1% of their value, the state will charge, if the price of these luxury goods will reach 3-5 million rubles; 3% - if the price will be 5-20 million rubles; 5% from objects, which are estimated at 20-60 million rubles and 7% - with all that over 60 million rubles.

The Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs (RSPP) has proposed its own draft. In their view, luxury should be considered a vacation home cost of 50 million rubles, land of 10 million rubles, city apartments from 30 million rubles, machine – 3 million rubles and with engine power ranging from 400 PS.

For the first time seriously about the need for the introduction of a luxury tax spoke in 2012, Vladimir Putin, who was at that time Chairman of the RF Government. He instructed the relevant ministries to consider the mechanism of modernization of the Russian tax system. In July 2013, V.V. Putin signed the law on higher tax on expensive cars. Note that it was initially planned to enter the specified tax in respect of motor vehicles costing more than 5 million, but later it was decided to reduce this rate to 3 million rubles, which would, in the opinion of the developers of the bill, to make the tax system of Russia more than fair.

The pros and cons of the introduction of a luxury tax

Among the positive effects of the introduction of such taxes as follows:

- correction of the overall tax system;
- uniformity in the distribution of taxes;
- the method of funding the Federal budget.

However, the negative consequences of the introduction of a luxury tax:

- it will require a great deal on a new tax administration;
- possible process flows to countries where this tax is not applied;
- the tax could harm the middle class.

Thus, the tax is, of course, is aimed at solving problems in the sphere of social policy, however, remain unresolved many questions and possible negative consequences.

Yu. Mirskikh, Zh.A. Mingaleva

Perm State National Research University, Perm c.

PROTECTING OF INTELLECTUAL PROPERTY IN SMALL INNOVATIVE ENTERPRISES IN RUSSIA

This paper is based on the results of the research made by Irina Mirskikh (as a team leader) of research project of Ministry of Education and Science of Russian Federation (Research №2014/153).

Small entrepreneurship is a structural part of market economy, an integral element of competitive market mechanism. Without small business market economy can not function and develop. Development of small business is very important during the period of transition from administrative economy to social-oriented market economy. Small business reflects all changes of market conjunction and makes market economy more flexible. Small business can mobilize financial and production resources of population. Small innovative enterprises implement innovations which do not require serious inventions and attracting serious material, labour and energy resources.

Small innovative enterprise is a specific organization form of innovative activity. It is very important for the development of economy.

Small innovative enterprise in innovation sphere can be formed in several ways.

Scientists and researchers who work at the universities prefer not to take out patents for inventions, through the university. They try to use inventions in their individual commercial activities. That is illegal, but universities practically can not stop such activities.

One of the forms that helps scientists and researchers to commercialize the results of their intellectual activities within the framework of universities is small innovative enterprise.

It is a new perspective organization form of innovation activity. Innovations produced by such enterprise do not require considerable investments or serious labor or energetic resources. The aim of small innovative enterprises is to create new technologies to use them in educational and research process.

Small innovative enterprise plays an important role in economic development of the country and in satisfying the needs of researchers, authors and creators of inventions and innovations.

Small innovative enterprises are independent innovation enterprises. Such economic agents provide implementation of the research results, assist organizing educational process, contribute to professional growth of teaching staff.

Small innovative enterprise is a daughter enterprise of the university. It can be organized in the form of Society limited or Joint stock company. By means of small innovative enterprises university can support a group of active scientists and researchers from the university staff and give them an opportunity to earn money by implementing the results of innovation activities.

Colleges and institutes of higher education (universities, academies, institutes) can produce intellectual property. Exclusive rights on intellectual property belong to institutes of higher education. The results of innovation activities of institutes of higher education can be implemented and realized within the framework of small innovative enterprise. That is why institutes of higher education organize small innovative enterprises in the form of companies limited (Ltd) and joint stock companies. The right of use of intellectual property is invested in the capital of small innovative enterprises.

It is important to take into account that start-up of small innovative enterprise have 5 stages: a seed stage; a start-up stage; a growth stage; an expansion stage and exit stage. That's why the results are expected only after successful passage of all stages when small innovative enterprise is organized and begins to produce innovations.

Small innovative enterprises become leaders in new branches of economy. They can open new market segments and contribute to development of market structures. Small innovative enterprises implement new technologies and lead to production competitiveness.

Small innovative enterprises join national and international markets. It can export technologies, the products of machine engineering industry, chemical industry, electrical industry and others. That is why sufficient and effective protecting of intellectual property in small innovative enterprises is very important.

Научное издание

**ПЯТЫЙ ПЕРМСКИЙ
МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОНГРЕСС
УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ**

Материалы международной научно-практической конференции
(г. Пермь, Пермский государственный национальный
исследовательский университет, 24–25 октября 2014 г.)

Корректор *Л.В. Хлебникова*
Компьютерная верстка *Н.Ю. Шадрина, В.В. Шадринной*

Подписано в печать 15.10.2014. Формат 60x84 1/8.
Усл. печ. л. 29,99. Тираж 250 экз. Заказ

Редакционно-издательский отдел
Пермского государственного национального исследовательского университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15

Отпечатано в типографии
Пермского государственного национального исследовательского университета
614990. Пермь, ул. Букирева, 15